



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

**Die unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien =
Belirsiz Alacak Davasi Vetaraflarda Silâhların Eşitliği**

Meier, Isaak

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-106041>
Book Section

Originally published at:

Meier, Isaak (2014). Die unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien = Belirsiz Alacak Davasi Vetaraflarda Silâhların Eşitliği. In: Yildirim, Hüseyin; et al. Medenî Usûl ve İcra-ıflâs Hukukçular Toplantısı - X. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 35-67, 69.

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ YAYINLARI

Sahibi / Owner

Hüseyin YILDIRIM

*Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Yargıtay Üyesi*

Genel Editör / General Editor

Murat KÖSE

Hakim

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief

Hakan ÖZTÜRK

Hakim

Yayın Kurulu / Editorial Board

Hüseyin YILDIRIM

*Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Yargıtay Üyesi*

Doç. Dr. Fikret ERKAN

Danıştay Genel Sekreter Yardımcısı

Dr. Hasan Mutlu ALTUN

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Ayşe Neşe GÜL

TAA Eğitim Merkezi Müdürü

Mehmet GEDİK

TAA Genel Sekreter V.

Grafik Tasarım / Graphic Design

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

Yayın Yönetim Merkezi / Publication Management Center

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı,

06095 Çankaya-Ankara

Tel: 312. 489 81 80 Faks: 312. 489 81 01

E-posta: www.taayayinlari.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

Baskı

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

ISBN: 978 - 605 - 86005 - 7 - 7

UNBEZIFFERTE FORDERUNGSKLAGE UND WAFFENGLEICHHEIT DER PARTEIEN¹

Prof. Dr. Isaak MEIER*

unter Mitarbeit von

Riccarda SCHINDLER**

I. Einleitung

A. Themastellung

Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Ich möchte vom neuen Recht heute das Institut der unbezifferten Forderungsklage herausgreifen.

Das neue Recht basiert für die unbezifferte Forderungsklage wie für viele andere Fragen weitgehend auf dem bisherigen kantonalen Recht (26 Zivilprozessordnungen) und den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zur Sicherung einer einheitlichen Anwendung des

* Prof. Dr. iur., Professor für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Universität Zürich, Zürich.

** MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Isaak Meier.

1 In Weiterführung des Aufsatzes "Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos", in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 11–37.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

(Bundes-) Privatrechts entwickelt haben. Die unbezifferte Forderungsklage war nicht nur in einzelnen kantonalen Zivilprozessordnungen ausdrücklich vorgesehen, sondern war auch Bestandteil des genannten bundesrechtlichen Richterrechts.

Das Thema der unbezifferten Forderungsklage ist für das türkische Recht von besonderer Aktualität, da die Regelung der schweizerischen ZPO auch vom türkischen Recht übernommen wurde (Art. 107 ZPO TR).

Nachfolgend werde ich die schweizerische Lösung nicht nur vorstellen, sondern auch kritisch würdigen.

Meine Hauptthese wird dabei sein: *Die unbezifferte Forderungsklage ist so wie sie von Lehre und Praxis verstanden wird und auch vom Gesetzgeber verstanden wurde mit dem Grundsatz der Waffengleichheit der Parteien nicht vereinbar.* Nimmt man die von diesem Grundsatz geforderten Korrekturen vor, verliert damit die unbezifferte Forderungsklage weitgehend ihren Zweck, nämlich die Verhinderung oder Verminderung des Kostenrisikos.

B. Überblick über die Regelung der unbezifferten Forderungsklage in Art. 85 ZPO

Die unbezifferte Forderungsklage ist in Art. 85 ZPO im Anschluss an die allgemeine Bestimmung zur Leistungsklage in Art. 84 ZPO geregelt.² Wörtlich heisst es in Art. 85 Abs. 1 ZPO: *“Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert anzugeben, der als vorläufiger Streitwert gilt.”* Mit dem Mindestwert als vorläufigem Streitwert werden insbesondere das sachlich zuständige Gericht und das Verfahren bestimmt.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist die Forderung sobald als möglich zu beziffern. Das Gesetz nennt als Zeitpunkt entweder den Abschluss des Beweisverfahrens oder die Auskunftserteilung durch die beklagte Partei. Mit Letzterem ist eine besondere unbezifferte Forderungsklage, nämlich die sog. Stufenklage, angesprochen. Typische Beispiele sind Klagen auf Bezahlung einer Provision, welche die klagende Partei bei Klageeinleitung nicht beziffern kann, weil sie von der beklagten Partei

2 Diese Bestimmung kommt dabei heute für alle Rechtsbereiche zur Anwendung. Die früher noch im Patentrecht vorgesehene unbestimmte Forderungsklage (altArt. 73. Abs. 2 PatG) wird mit Inkrafttreten der neuen ZPO aufgehoben, vgl. ZPO, Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts, 12. Patentgesetz.

bisher nicht erfahren konnte, welche (provisionspflichtigen) Geschäfte letztlich von ihr abgeschlossen wurden. Sobald die beklagte Partei ihrer (materiellrechtlichen) Auskunftspflicht nachkommt, hat die klagende Partei die Bezifferung nachzuholen.

Stellt sich nach Abschluss des Beweisverfahrens bzw. nach der Auskunftserteilung heraus, dass der Streitwert den am Anfang angegebenen Mindestwert übersteigt und würde damit die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes gesprengt, bleibt nach Art. 85 Abs. 2 ZPO die bisherige Zuständigkeit erhalten.

C. Zweck der unbezifferten Forderungsklage nach herrschender Meinung

Die unbezifferte Forderungsklage ist nach ganz herrschender Meinung in erster Linie ein Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos der klagenden Partei bei Forderungen, deren Höhe am Anfang des Prozesses nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand bestimmt werden kann.³

An sich muss eine Forderungsklage nach der Dispositionsmaxime genau beziffert werden (Art. 84 Abs. 1 ZPO). Das Gericht darf alsdann nicht mehr, sondern höchstens weniger zusprechen. Mit dem Institut der unbezifferten Forderungsklage wird dieser Grundsatz in Fällen durchbrochen, in denen der klagenden Partei die Bezifferung nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Statt auf die Leistung eines bestimmten Betrages, kann die Partei in diesen Fällen auf die Bezahlung des geschuldeten oder eines vom Gericht festzusetzenden Betrages oder auf Ähnliches klagen.

Damit soll die klagende Partei von den Risiken entlastet werden, welche mit der Einklagung eines falschen Betrages verbunden sind. Klagt die Partei zu wenig ein, erhält sie möglicherweise weniger als ihr nach materiellem Recht eigentlich zusteht. Klagt sie zu viel ein, hat sie damit einen Teil der Prozesskosten zu tragen, obwohl sie an sich im Grundsatz obsiegt hat. In den meisten Fällen wird das Kostenrisiko beim Überklagen im Vordergrund stehen.

Das Kostenrisiko, welches die unbezifferte Forderungsklage hauptsächlich vermeiden will, hat seinen Ursprung in der Grundregel der Kostenverteilung, wonach die Parteien die Kosten grundsätzlich nach

³ Siehe die in Fn. 3 zitierte Literatur.

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens zu tragen haben. Wie schon im kantonalen Zivilprozessrecht gilt auch im neuen Recht – entsprechend der europäischen Tradition der Kostenverteilung – dass die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Bei der unbezifferten Forderungsklage wird nach ganz herrschender Meinung angenommen, dass die klagende Partei vollständig obsiegt und grundsätzlich keinerlei Kosten zu tragen hat, wenn ihr das Gericht den Betrag zuspricht, den sie während des Prozesses noch nachträglich beziffert hat bzw. – falls auch eine nachträgliche Bezifferung nicht möglich ist – wenn das Gericht die Klage überhaupt gutheisst.⁴

Würde bei uns die “American Rule” der Kostenverteilung gelten, wonach grundsätzlich jede Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens die eigenen Kosten zu tragen hat,⁵ würde kein Bedürfnis nach einer unbezifferten Forderungsklage bestehen. Die Frage der Kostenverminderung ist insbesondere dann relevant, wenn (wie in der Schweiz) die Gerichtskosten verhältnismässig hoch ausfallen.

	Gerichts- und Anwaltskosten inkl. Rechtsmittelverfahren (ca.)		
Streitwert	Schweiz ⁱ	Deutschland ⁱⁱ	Türkei ⁱⁱⁱ
10'000 TYL	14'132 – 16'626 TYL	10'070 TYL	2'000 TYL
4'300 EUR	6'077 - 7'149 EUR	4'330 EUR	860 EUR
5'160 CHF	7'292 - 8'579 CHF	5'196CH F	1'032 CHF
100'000 TYL	77'388 - 91'233 TYL	35'745 TYL	11'000 TYL
43'000 EUR	33'277 - 39'230 EUR	15'370 EUR	4'730 EUR
51'600 CHF	39'932 - 47'076 CHF	18'444 CHF	5'676 CHF
1'000'000 TYL	265'543 - 311'512 TYL	124'423 TYL	50'000 TYL
430'000 EUR	114'183 - 133'950 EUR	53'502 EUR	21'500 EUR
516'000 CHF	137'020 - 160'740 CHF	64'202 CHF	25'800 CHF

4 So deutlich ZÜRCHER, sic!, S. 498 (“Zu beachten bleibt, dass das Kostenrisiko in diesen Fällen – dies liegt in der gesetzgeberischen Intention der Klage mit unbeziffertem Streitwert – zu Lasten der beklagten Partei geht.”); vgl. LOOSLI, S. 149 f.; BÖSCH, S. 161. Bösch meint allerdings, dass die Kosten bei einer unbezifferten Forderungsklage, welche sich auch nachträglich nicht beziffern lässt, nach Ermessen zu verteilen sind. Insbesondere für die Stufenklage vgl. LEUMANN LIEBSTER, S. 237 f.

5 OAKLEY/AMAR, S. 206.

ⁱSchweiz:

Vorliegende Zahlen basieren auf folgenden Annahmen:

Gerichtskosten:

1. Instanz: Grundgebühr gem. § 4 Abs. 1 GebV OG (kann ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte erhöht werden [§ 4 Abs. 2 GebV OG])

2. Instanz: Es wurde Grundsatz dem gefolgt, wonach sich die Gebühr für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemisst (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Ferner wurde angenommen, dass der Streitwert der gleiche ist wie vor der 1. Instanz

Parteikosten: Es wurde davon ausgegangen, dass die unterliegende Partei für die eigene Vertretung gleich viel zahlt wie für die Entschädigung der Gegenpartei. Für Zuschläge wurde der Faktor 1,5 verwendet.

1. Instanz: Grundgebühr gem. § 4 Abs. 1 AnwGebV (kann bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden [§ 4 Abs. 2 AnwGebV]).

2. Instanz: Einerseits wurde angenommen, dass der Streitwert der gleiche ist wie vor der 1. Instanz (§ 13 Abs. 1 AnwGebV). Andererseits wurde von einer endgültigen Streiterledigung ausgegangen (§ 13 Abs. 2 AnwGebV).

ⁱⁱDeutschland:

Berechnungen gemäss Prozesskostenrechner der Foris AG, einsehbar unter: <<http://foris-prozessfinanzierung.de/Prozesskostenrechner>> (besucht am 20.9.2012).

ⁱⁱⁱTürkei:

Zahlen gemäss verdankenswerter Auskunft von Assist. Prof. Dr. Evrim ERİŞİR, Dokuz Eylül University Faculty of Law, Izmir, Turkey.

D. Katalog der alten und neuen Fragen zur unbezifferten Forderungsklage

Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO wirft viele alte und neue Fragen auf. Die wichtigsten davon sind folgende:

- Anwendungsbereich (II.);

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

- Problematik der Kostenverteilung (III.);
- Bedeutung des von der klagenden Partei anzugebenden “Mindestwertes” (IV.);
- Verhältnis der unbezifferten Forderungsklage zu anderen Instituten, welche der Unvorhersehbarkeit des Prozessausgangs Rechnung tragen (V.).

II. Anwendungsbereich der unbezifferten Forderungsklage

A. Einleitung

Eine unbezifferte Forderungsklage kommt namentlich in drei Konstellationen in Frage, welche sich in der Ursache von Unmöglichkeit und Erschwerung der Bezifferung unterscheiden:

- Forderungsklage, deren Bezifferung erst nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei möglich ist (sog. Stufenklage); Hier liegt die Ursache für die Unmöglichkeit der Bezifferung darin, dass die beklagte Partei einen materiell rechtlichen Informationsanspruch nicht erfüllt und deshalb die klagende Partei den von ihr behaupteten Anspruch nicht beziffern kann.
- Unbeziffertes Begehren bei Klagen, deren Umfang und unter Umständen auch Bestand sich erst abschätzen lassen, wenn die Beweise abgenommen worden sind. Die Ungewissheit bei Einleitung der Klage hat hier die Ursache, dass der klagenden Partei Kenntnisse fehlen, welche erst das Beweisverfahren ergeben können.
- Forderungsklagen, welche sich nicht beziffern lassen, weil sich die richterliche Entscheidung, namentlich betr. den Umfang der Forderung, nicht voraussehen lässt. Zur Diskussion stehen dabei Ermessensentscheide, wie die Festsetzung von Genugtuungsansprüchen nach Art. 47 OR als auch um die Fälle, in denen das Gericht den Schaden *“nach Ermessen ... mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abschätzt”* nach Art. 42 Abs. 2 OR abschätzt.

Die ersten beiden Formen sind nach neuem und altem Recht unbestrittene Anwendungsbereiche der unbezifferten Forderungsklage. Ihre Zulässigkeit nach neuem Recht ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 ZPO, wo die klagende Partei angehalten wird, die Forderung spätestens nach

Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung zu beziffern. Ähnliche Bestimmungen sahen auch die kantonalen Rechte (z.B. Art. 65 Abs. 2 ZPO SG; § 61 Abs. 2 ZPO ZH)⁶ und das Patentrecht (Art. 73 Abs. 2 PatG) vor.

Fraglich war und ist hingegen die Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage für Ansprüche, welche nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sind (hierzu unter II. D).

B. Stufenklage

Ein unbestrittener und praktisch bedeutsamer Anwendungsbereich der unbezifferten Forderungsklage ist zunächst die Stufenklage.⁷

Bei dieser Form der Klage kann die klagende Partei den Anspruch nicht beziffern, weil ihr Informationen fehlen, über welche die beklagte Partei verfügt und die sie an sich der klagenden Partei gestützt auf einen materiellrechtlichen Informationsanspruch zur Verfügung stellen müsste. Die klagende Partei macht entsprechend im selben Prozess zwei Ansprüche geltend: Den (materiellrechtlichen) Informationsanspruch und eine Forderungsklage. Das Gericht entscheidet zunächst über die erstgenannte Klage. Nach ihrer Gutheissung sowie Erfüllung⁸ setzt das Gericht der klagenden Partei Frist zur Bezifferung der Forderungsklage an, welche alsdann behandelt wird.

C. Unbezifferte Forderungsklage, deren Bezifferung nach dem Beweisverfahren möglich ist

Ein vor allem für die vertragliche und ausservertragliche Haftung prädestinierter Anwendungsbereich ist die unbezifferte Forderungsklage in Fällen, in denen die klagende Partei bei Klageeinleitung Sachverhaltselemente nicht kennt, welche für die Höhe des Schadens

6 Zu den kantonalen Bestimmungen siehe LEUMANN LIEBSTER, S. 52 ff. Die meisten kantonalen Bestimmungen bezogen sich auf die unbezifferte Klage, deren Bezifferung nach Ende des Beweisverfahrens möglich ist. Die vom Verfasser entworfene Glarner ZPO bezog als einzige auch die Stufenklage ein (Art. 74 ZPO GL). Die Kantone Solothurn und Obwalden liessen ausdrücklich eine unbezifferte Forderungsklage für Ansprüche zu, welche nach richterlichem Ermessen festzusetzen sind (§ 130 ZPO SO; Art. 120 ZPO OW).

7 BGE 123 III 140; BGE 116 II 351; BGE 116 II 215; ZR 104 (2005), 317; ZR 91 (1992), 249; VOGEL, S. 62 ff.; LEUMANN LIEBSTER, S. 1 ff.

8 Falls die beklagte Partei die Erfüllung verweigert, kommt nach Meinung des Bundesgerichts auch ein Abstellen auf die ungefähre Streitwertschätzung der klagenden Partei in Frage, BGE 123 III 140 E. 2c S. 143.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

relevant sind. Voraussichtlich wird jedoch das Beweisverfahren hierüber Aufschluss geben.⁹

Denkbar ist etwa ein Fall, in dem über den Umfang der Invalidität oder eine andere relevante Frage erst durch ein Gutachten Klarheit geschaffen wird¹⁰ oder ein Produkthaftpflichtfall, in dem erst die von der beklagten Partei zu edierenden Unterlagen und Berichte zeigen, in welchem Masse sie sich des Schädigungspotentials ihres Produktes bewusst war.

Häufig wird es sich um Fälle der Schadensschätzung nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR handeln (siehe hierzu II. D).

Anzumerken ist im Weiteren auch, dass die klagende Partei unter Umständen die Wahl hat, eine Stufenklage oder eine unbezifferte Forderungsklage, welche nach dem Beweisverfahren zu beziffern ist, einzuleiten. Statt der Einklagung eines materiell rechtlichen Informationsanspruchs kann sich die klagende Partei unter Umständen auch die notwendigen Informationen auf dem Beweiswege (insb. Edition von Urkunden und Zeugeneinvernahmen) beschaffen.

D. Unbezifferte Forderungsklage bei Anspruchsfestsetzung nach richterlichem Ermessen

1. Meinungsstand in der Schweiz

a. Meinungsstand unter dem alten Recht

Schon unter dem alten Recht war umstritten, ob unbezifferte Forderungsklagen auch dann zulässig sind, wenn die genaue Bezifferung deshalb nicht erfolgen kann, weil das Gericht den Anspruch nach Ermessen festzusetzen hat.

Das *Bundesgericht* hat in einer langjährigen Praxis unbezifferte Forderungsklagen gestützt auf ungeschriebenes Bundesrecht klarer Weise für die soeben behandelte Stufenklage und ebenso für die Fälle, in denen eine Bezifferung erst nach dem Beweisverfahren möglich ist,

9 Vgl. etwa den Haftpflichtfall in RBOG 1997, Nr. 43, 203, wo die Zulässigkeit einer unbezifferten Forderungsklage allerdings verneint wurde (eine hiergegen erhobene Berufung wurde vom Bundesgericht am 24. Februar 1998 abgewiesen). Im Weiteren siehe ZR 91(1992), 249; hier hat das Handelsgericht eine nach dem Beweisverfahren zu beziffernde unbezifferte Klagegrundsätzlich als zulässig bezeichnet, jedoch im konkreten Fall die klagende Partei auf den Weg der Stufenklage verwiesen.

10 Für das deutsche Recht BACHER, 39. Kap. Rn 7; BECKER-EBERHARD, Rn 122 mit weiteren Zitaten.

anerkannt.¹¹ Zudem hielt es explizit fest, dass ein Begehren nicht nur dann in unbeziffelter Form zuzulassen sei, wenn das Bundesrecht es ausdrücklich vorschreibe, sondern allgemein dann, wenn der Kläger nicht in der Lage oder es ihm nicht zumutbar sei, die Höhe seines Anspruches genau anzugeben.¹² Die kantonalen Gerichte mussten deswegen in diesen Fällen eine unbezifferte Forderungsklage unabhängig davon zulassen, ob das kantonale Zivilprozessgesetz dies vorsah oder nicht.¹³

Bei Ermessensentscheiden unterschied das Bundesgericht Sachverhalts- und Rechtsfolgeermessen. Bei Ersterem mussten die Kantone eine unbezifferte Forderungsklage zulassen, bei Letzterem stand es den Kantonen frei eine Bezifferung zu verlangen (BGE 131 III 243). Eine allgemeine unbezifferte Forderungsklage haben zum Beispiel die Solothurner und Obwaldner ZPO vorgesehen (§130 ZPO SO; Art. 120 ZPO OW). Dieser Ansicht stimmte überwiegend auch die Lehre zu.¹⁴

Unklar bzw. sehr missverständlich war die Ansicht des Bundesgerichts für die Fälle der Schadensschätzung nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR. Im massgeblichen Entscheid BGE 116 II 215 E. 4a S. 219 heisst es zunächst wörtlich: *“Das kantonale Recht hat unbezifferte Forderungsklagen ... dort zuzulassen, wo das Bundesrecht sie ausdrücklich vorsieht ..., oder den Richter auf sein Ermessen verweist (... Art. 42 Abs. 2 OR ...).”* Anschliessend erfolgt für Art. 42 Abs. 2 OR sogleich eine Relativierung mit den Worten: *“Immerhin begrenzt das Bundesrecht in solchen Fällen des richterlichen Ermessens lediglich die Anforderungen an die materielle Substantiierung der Forderung, nimmt den Kantonen dagegen nicht auch die Möglichkeit, aus formellen Gründen eine rahmenmässige Bezifferung der Klageforderung zu verlangen (...).”*¹⁵

11 BGE 123 III 140; 116 II 215; 112 Ib 334.

12 BGE 116 II 215 E. 4a S. 219; BGE 121 III 249 E. 2b S. 251.

13 Das Bundesgericht hat dies mit der derogatorischen Kraft des Bundesprivatrechts begründet. Ein kantonales Recht, welches nicht wenigstens in diesen Fällen die unbezifferte Forderungsklage vorsehe, verletzte den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes und damit indirekt das Bundesprivatrecht. Hierzu statt viele Isaak Meier, Privatrecht und Prozessrecht, S. 21.

14 A.A. insb. LOOSLI, S. 73 (Zusammenfassung); ebenso betr. Art. 336a OR: STREIFF/VON KAENEL, Art. 336a Rn 6; VISCHER, 245 Fn 102.

15 Zur Substantiierung bei Art. 42 Abs. 2 OR insb. FELLMANN, Substantiierung und Beweis, 35 ff. Bei sämtlichen Literaturstellen wird die Bundesgerichtspraxis zitiert, ohne darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht bei Art. 42 Abs. 2 OR gerade keine unbezifferte Forderungsklage verlangt.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

Diese Aussage lässt zwei Interpretationen zu: Entweder meinte das Bundesgericht, die Kantone dürften lediglich keine zu strenge Anforderungen an die Substantiierung der Klage stellen jedoch eine bestimmte Antragstellung verlangen oder es wollte den Kantonen auch verbieten, eine Bezifferung der Forderung vorauszusetzen. Die zulässige “rahmenmässige Bezifferung” wäre dann nur als eine Art “Mindestwert” analog Art. 85 Abs. 1 ZPO zu verstehen. Für die letztgenannte Interpretation spricht, dass das Bundesgericht in BGE 131 III 243 die Fälle von Art. 42 Abs. 2 OR klar von den denjenigen des sog. Rechtsfolgeermessen abgrenzt, in denen es den Kantonen gestattete, einen Antrag zu verlangen.¹⁶

Die ganz herrschende Meinung nahm unter dem alten Recht denn auch unter Hinweis auf das Bundesgericht an, dass Art. 42 Abs. 2 OR von Bundesrechts wegen ein Anwendungsfall der unbezifferten Forderungsklage sei.¹⁷ Die Zürcher Praxis interpretierte demgegenüber das Bundesgericht dahingehend, dass es eine Bezifferung der Klage in diesen Fällen nicht verbieten wolle. Entsprechend verlangte sie von den Parteien auch eine Bezifferung (und zwar des Maximal- nicht des Minimalwertes).¹⁸

b. Meinungsstand zum neuen Recht

In der Literatur zum neuen Recht wird der bisherige Meinungsstand mehr oder weniger unreflektiert fortgeschrieben. Nach wie vor werden - neben den von Art. 85 ZPO ausdrücklich anerkannten Fällen – die Fälle von Art. 42 Abs. 2 OR als unbezifferte Forderungsklage anerkannt.

Die Frage der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage in Fällen des Rechtsfolgeermessens aber, ist in der Lehre nach wie vor umstritten. Das Bundesgericht hat die Frage bis heute nicht beantwortet. Es hat sich (unter altem Recht) lediglich dahingehend geäußert, als es bundesrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn das kantonale Prozessrecht eine Bezifferung verlange (BGE 131 III 243 E. 5.3 S. 248). Damit wurde aber nicht gesagt, dass eine unbezifferte Forderungsklage in Fällen des Rechtsfolgeermessens dem Dispositionsgrundsatz zuwiderlaufen würde bzw. unzulässig wäre.

16 Wörtlich meint es (BGE 131 III 243 E. 5.2 S. 247): “Es geht (gemeint: bei den Fällen des sog. Rechtsfolgeermessens) nicht um eine Ermessen bezüglich der Sachverhaltsfeststellung wie bei Art. 42 Abs. 2 OR (...)”

17 VOGEL, S. 59; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. Kap. Rn63; ebenso FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 Rn 25a; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 157 Rn 3.a.; EDELMANN, Rn 2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar ZPO SG, Art. 65 Rn 3.a.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 Rn 7.; vgl. auch MEIER, Zivilprozessrecht, S. 223.

18 ZR 103 (2004), 289.

Vielmehr überliess das Bundesgericht die Ausgestaltung des Prozessrechts diesbezüglich den Kantonen. Nach neuem Recht wird daher nach wie vor die Meinung vertreten, dass eine unbezifferte Forderungsklage in Fällen des Rechtsfolgeermessens unzulässig ist.¹⁹ Indes werden vermehrt Stimmen laut, die eine unbezifferte Forderungsklage auch in diesen Fällen als zulässig erachten.²⁰ Dies wird insbesondere damit begründet, dass die Höhe der Forderung nur darum nicht beziffert werden könne, weil sie im Ermessen des Richters liege. Ob sich dieses Ermessen nun auf den Sachverhalt- oder die Rechtsfolge beziehe, sei nicht von Belang.²¹ Dieser Meinung scheint auch die neuere Rechtsprechung zu folgen,²² ein höchstrichterliches Urteil hierzu ist allerdings noch ausstehend.

2. Meinungsstand in Deutschland

In Deutschland wird die unbezifferte Forderungsklage seit mehr als einem Jahrhundert anerkannt.²³ Zum unbestrittenen Anwendungsbereich gehören nicht nur die Stufenklage und die Fälle, in denen eine Bezifferung erst nach der Beweisabnahme möglich ist, sondern vor allem auch die Fälle der gerichtlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO DE (ähnlich Art. 42 Abs. 2 OR) und der Festsetzung von Ansprüchen nach billigem

19 So etwa COURVOISIER, Rn 5; KLETT, S. 77; LEUENBERGER, Rn 35; LEUENBERGER/UFFERTOBLE, Zivilprozessrecht, Rn 6.15; MOHS, Rn 5; STREIFF/VON KAENEL /RUDOLPH, Art. 336a Rn 6, die zwar festhalten, dass eine unbezifferte Forderungsklage für Klagen nach Art. 336a OR von Bundesrechts wegen zugelassen werden müsse, aber der Ansicht sind, dass Art. 85 Abs. 1 ZPO in Fällen des sog. Rechtsfolgeermessens nicht anwendbar sei und die Kostenverteilung betreffend auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO verweisen; PORTMANN, Rn 5, der davon ausgeht, dass die unbezifferte Forderungsklage nicht auf Fälle des Rechtsfolgeermessens (wie nach Art. 336a OR) zugeschnitten ist, aber der Meinung ist, dass ein unbeziffertes Rechtsbegehren bei Klagen nach Art. 336a zulässig sein sollte.

20 FÜLLEMANN, Rn 7 f. m.w.H.; FREI/WILLISEGGER, N 6; GASSER/RICKLI, Art. 85 Rn 3; LANDOLT, S. 51 f., der gar die Terminologie "unbezifferte Genugtuungsklage" verwendet, aber davon ausgeht, dass "eine (teilweise) Bezifferung in der Regel möglich und zumutbar ist"; MILANI, S. 63; SUTTER-SOMM, N 535.

21 FÜLLEMANN, Rn 7 f.

22 Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich Geschäfts-Nr.: LB110063 vom 21. Oktober 2011: Die Vorinstanz hatte über die Genugtuungsansprüche von Kläger 1 (Mindestwert Fr. 100'000.--), Kläger 2 (Mindestwert Fr. 40'000.--) und Kläger 3 (Mindestwert Fr. 20'000.--) zu entscheiden. Auf die Klagen 1 und 2 ist das Bezirksgericht eingetreten. Für Klage 3 erging mangels sachlicher Zuständigkeit ein Nichteintretensentscheid. Das Obergericht hat diesen Nichteintretensentscheid ebenfalls aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit (und nicht etwa einer fehlenden Zulässigkeit) gutgeheissen.

23 RÖTTGER, S. 368 mit Hinweis auf eine Reichsgerichtsentscheidung von 1883, RGZ 10, 355.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

Ermessen, wie beim Schmerzensgeld nach Art. 847 BGB.²⁴ Die offenbar relativ zahlreichen Klagen betreffen vor allem die letztgenannten Anwendungsbereiche.

Heftig umstritten ist heute allerdings, ob für die unbezifferte Klage eine Grössenordnung anzugeben bzw. ein Rahmenantrag zu stellen ist sowie ob und inwiefern das Gericht an diese gebunden ist (hierzu unter VI A.).

3. Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis

a. Unterscheidung der Fälle von Entscheidungen mit “Rechtsfolgeermessen” und den Entscheidungen nach Art. 42 Abs. 2 OR mit “Sachverhaltsermessen”

Die Fälle von Entscheidungen mit “Rechtsfolgeermessen” und der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR sind nach Ansicht des Bundesgerichtes, auf welches diese Differenzierung letztlich zurückgeht, wie folgt zu unterscheiden:

Bei den Fällen der Festsetzung der Genugtuung und der Festsetzung der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 336a Abs. 2 OR liegen nach dem Bundesgericht, wie schon gesagt, Entscheidungen mit sog. “Rechtsfolgeermessen” vor. Dies beruht wohl auf der Vorstellung, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 336a Abs. 2 OR lediglich eine missbräuchliche Kündigung und Umstände wie die Folgen der Kündigung für den Arbeitnehmer etc. sind. Die Würdigung dieser Umstände und die Festsetzung der Entschädigung erscheinen dann “nur” noch als Rechtsfolge. In diesem Sinne hat der Arbeitnehmer in diesen Fällen keinen Anspruch auf eine bestimmte, sondern lediglich auf eine angemessene Entschädigung. Analoges gilt für die Genugtuung. Sachverhalt ist hier die Tötung eines Menschen oder eine Körperverletzung sowie alle in Frage kommen Sachumstände, welche auf die Höhe der Genugtuung einen Einfluss haben können. Die Festsetzung der Genugtuung ist dann reine Rechtsfolge. Auch hier lässt sich sagen, dass ein materieller Genugtuungsanspruch nicht auf einen bestimmten Betrag, sondern lediglich auf einen nach Ermessen zu bestimmenden Betrag gerichtet sei.

24 Statt vieler BACHER, 39. Kap. Rn 7.; BECKER-EBERHARD, Rn 122; FOERSTE, Rn 34 ff.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39 ff. und die zahlreichen Hinweise in diesen Literaturstellen.

Bei der Schadensschätzung nach Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR hat demgegenüber der Geschädigte Anspruch auf Ersatz eines bestimmten theoretisch zum Voraus bestimmmbaren Schadens. Wie gross der dem Geschädigten erwachsene effektive Schaden ist, erscheint dabei insgesamt als Sachverhaltsfrage, auch wenn dem Gericht dabei ein sehr grosser Ermessensspielraum zukommt. Dieser Ermessensentscheid ist keine Frage der Rechtsanwendung, sondern dogmatisch gesehen eine Beweiswürdigung. Die Besonderheit gegenüber der normalen Beweiswürdigung besteht dabei darin, dass der Gesetzgeber in Art. 42 Abs. 2 OR eine erhebliche Beweismasssenkung vorgenommen hat. Der Beweis ist nicht erst erbracht, wenn das Gericht von der Verwirklichung einer rechtserheblichen Tatsache überzeugt ist, sondern schon dann, wenn hierfür überzeugende Anhaltspunkte bestehen. Dies steigert denn das bei der Beweiswürdigung ohnehin schon bestehende Ermessen ins fast Uferlose. So hat das Gericht beispielsweise abzuschätzen, welcher Schaden sich aus der Verminderung der Heiratschancen einer Person infolge Entstellung im Gesicht ergibt.²⁵

M.E. wirkt die Unterscheidung zwischen Rechtsfolge- und Sachverhaltsermessen in diesen Fällen sehr gekünstelt und sie kann einer näheren Prüfung nicht standhalten. Genau gesehen hat ein Verletzter auch bei den Genugtuungsansprüchen letztlich einen bestimmten Anspruch, welcher sich theoretisch nach der effektiven Höhe der "materiellen Unbill" bemisst. D.h. im Grunde genommen handelt es sich auch hier um eine Sachverhaltsfrage, nämlich wie sich diese Unbill bemisst. Dass diese von schwer fassbaren psychologischen Tatsachen abhängig ist, steht dem nicht entgegen. Rechtlich gesehen sind subjektive-persönliche Anspruchsvoraussetzungen (selbstverständlich) genauso Tatfragen wie äusserlich "messbare" Umstände, wie der Umfang der Invalidität einer Person.

Der m.E. allein massgebliche, rein praktische Unterschied liegt darin, dass es sich beim sog. Rechtsfolgeermessen immer oder fast immer um Fälle handelt, in denen die Bezifferung auch nach Durchführung des Beweisverfahrens nicht erfolgen kann, weil das Gericht seine Beweiswürdigung nach Ermessen erst bei Fällung der Entscheidung vornimmt. In den Fällen von Art. 42 Abs. 2 OR dürfte dagegen eine Bezifferung, namentlich wenn für die entscheidenden Fragen ein

25 BGE 33 II 124; BGE 81 II 512.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

gerichtliches Gutachten erstellt worden ist, zumutbar sein.

b. Vorliegen von überzeugenden Gründen für die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage bei Sachverhalts- und Rechtsfolgeermessensentscheiden

Überzeugende Gründe sprechen dafür, die unbezifferte Forderungsklage auch bei Festsetzung des Schadens und/oder des Anspruchs nach richterlichem Ermessen zuzulassen.

Was zunächst die Fälle von Art. 42 Abs. 2 OR betrifft, ist eine nachträgliche Bezifferung, wie dargelegt wurde, oft nach dem Beweisverfahren möglich. Damit sind diese Fälle schon vom Wortlaut von Art. 85 ZPO, wo ja ausdrücklich solche Fälle angesprochen werden, abgedeckt.²⁶

M.E. ist aber auch in den Fällen, in denen eine Bezifferung nach dem Beweisverfahren oder in einem späteren Zeitpunkt vor der Entscheidfällung nicht möglich ist, eine unbezifferte Forderungsklage bei (Rechtsfolge-) Ermessensentscheiden zuzulassen.

In dogmatischer Hinsicht lässt sich anführen, dass sich die Fälle von Rechtsfolgeermessen und Sachverhaltsermessen gar nicht unterscheiden lassen. Wenn die herrschende Meinung und das Bundesgericht unbezifferte Forderungsklage bei Sachverhaltsermessen zulassen will, muss dies auch für die Fälle des sog. Rechtsfolgemessens gelten.

Für die Zulässigkeit sprechen aber auch sachliche Argumente. Bei den hier zur Diskussion stehenden Fällen ist die richterliche Entscheidung weitgehend nicht voraussehbar, sondern aufgrund von Gerichtspraxis und Lehre höchstens grob abschätzbar. Man kann sich zwar generell fragen, ob die Zulassung einer unbezifferten Forderungsklage überhaupt notwendig ist.²⁷ Entscheidet sich jedoch der Gesetzgeber, wie der Bundesgesetzgeber in der neuen ZPO, für die Zulassung, muss sie ganz besonders auch in diesen Fällen anerkannt werden. Für den Verfasser steht ausser Frage, dass die Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses in diesen

26 Art. 42 Abs. 2 OR wurde im Bericht zum Vorentwurf, im Gegensatz zur Botschaft, denn auch noch explizit als Anwendungsbeispiel für eine unbezifferte Forderungsklage erwähnt (Bericht Vorentwurf, S. 43).

27 Der Verfasser hat in seiner Dissertation die Notwendigkeit der Zulassung der unbezifferten Forderungsklage mit der Begründung verneint, dass eine Bezifferung immer irgendwie möglich sei: MEIER, *Iura novit curia*, 42 f.

Fällen nicht geringer, sondern eher höher ist als bei den traditionellen Anwendungsfällen der unbezifferten Forderungsklage wie der Stufenklage. Eine grobe Schätzung kann selbstverständlich nicht nur bei richterlichen Ermessensentscheiden, sondern auch in den anderen Fällen erfolgen.²⁸ Falls bereits die Möglichkeit einer groben Schätzung einer unbezifferten Forderungsklage entgegenstehen sollte, müsste sie allgemein abgelehnt werden.

Im Gegensatz zu den in Art. 85 ZPO ausdrücklich angesprochenen Fällen kann allerdings bei den Ermessensentscheidungen die nachträgliche Antragstellung während des Prozesses nicht erfolgen, wenn die Höhe des Anspruchs erst mit dem Entscheid feststeht. Dieser Umstand steht jedoch einer unbezifferten Forderungsklage nicht entgegen. Eine nachträgliche Antragstellung, insbesondere wenn sie erst nach Ende des Beweisverfahrens erfolgt, nützt der beklagten Partei wenig, sind doch bis zu diesem Zeitpunkt alle Rechtsschriften geschrieben und alle Aufwendungen bereits gemacht. Der beklagten Partei muss die Zulassung der klagenden Partei zur nachträglichen Bezifferung kurz vor Verfahrensende sogar unfair vorkommen, erwartet doch die klagende Partei, dass sie damit bei vollständigem Obsiegen mit ihrem Antrag das ganze Kostenrisiko auf die klagende Partei abschieben kann! Wie gesagt, geht die herrschende Meinung davon aus, dass die beklagte Partei vollumfänglich kostenpflichtig wird, wenn die klagende Partei das erhält, was sie in der nachträglichen Bezifferung verlangt. Eine Bezifferung in diesem Stadium wird in der Regel weitgehend risikolos erfolgen können, weil nunmehr die entscheidenden Gutachten vorliegen und überdies das Gericht in den meisten Fällen in einer oder mehreren Vergleichsverhandlung(en) seine Meinung offen gelegt hat.

4. Zwischenergebnis

Die unbezifferte Forderungsklage ist nicht nur bei der Stufenklage sowie bei erst nach dem Beweisverfahren bezifferbaren Klagen, sondern auch bei Ansprüchen zulässig, welche nach richterlichem Ermessen festzusetzen sind (Genugtuungsansprüche, Schadenersatzansprüche, welche gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen festzusetzen sind und

28 Wie der Verfasser aus eigener Erfahrung als Anwalt weiss, haben die klagenden Parteien selbstverständlich auch bei einer Stufenklage (zum Beispiel betr. einen Provisionsanspruch) meist sehr konkrete Vorstellungen darüber, welche Ansprüche ihnen möglicherweise zustehen.

zwar stets unabhängig davon, ob Schadensschätzung bereits nach dem Beweisverfahren möglich ist oder nicht).

III. Problematik der Kostenverteilung bei der unbezifferten Forderungsklage

1. Unvereinbarkeit des Konzeptes mit dem Grundsatz der Waffengleichheit

Wenden wir uns nun der Frage der Kostenverteilung bei unbezifferten Forderungsklagen zu. Wie wir oben gesehen haben, ist die unbestimmte Forderungsklage ein Instrument der Kostenverteilung. Die klagende Partei soll damit vor dem Kostenrisiko geschützt werden, welches sie bei bestimmter Antragstellung in Fällen von unvorhersehbaren richterlichen Entscheidungen tragen müsste. Nach herrschender Meinung hat die klagende Partei – wie gesagt – keine Kosten zu tragen, wenn das Gericht die Klage (in welcher Höhe auch immer) gutheisst bzw. wenn sie das erhält, was sie in der nachträglichen Bezifferung verlangt hat.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass dieses Konzept so nicht haltbar ist. Diese Kostenverteilung verkennet, dass sich in einem Prozess zwei gleichwertige Rechtspositionen, nämlich diejenigen der klagenden und der beklagten Partei, gegenüber stehen, welche im Prozess absolut gleich zu behandeln sind. Der Grundsatz der “Waffengleichheit” der Parteien ist einer der wichtigsten verfassungsmässigen Grundsätze des Prozessrechts (Art. 29 Abs. 2 BV).

Die traditionelle Kostenverteilung bei der unbezifferten Forderungsklage enthebt bei nicht bezifferbaren Ansprüchen die klagende Partei vom Kostenrisiko, um es vollumfänglich der beklagten Partei anzulasten! Die beklagte Partei hat nach diesem Konzept unabhängig davon, in welcher Höhe die klagende Partei obsiegt, sämtliche Kosten zu tragen. Diese Lösung ist mit der Verfassung nicht vereinbar. Die beklagte Partei ist bei nicht bezifferbaren Ansprüchen in der genau gleichen Lage wie die klagende Partei. Auch die beklagte Partei weiss in diesen Fällen nicht, was (wenn überhaupt) sie der klagenden Partei schuldet. Falls die beklagte Partei nicht in Kauf nehmen will, zu viel zu zahlen, bleibt ihr daher bei nicht voraussehbaren Ansprüchen nichts anderes übrig, als es zum Prozess kommen zu lassen und die Klage vollumfänglich zu bestreiten.

2. Massnahmen und Lösungsansätze zur Sicherung des Grundsatzes der Waffengleichheit

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

Zur Verwirklichung des Grundsatzes der Waffengleichheit bieten sich folgende Massnahmen und Lösungsansätze an:

Möglichkeit einer unbezifferten Antragstellung auch für die beklagte Partei:

Wenn die klagende Partei in diesen Fällen die Möglichkeit hat, auf einen bestimmten Antrag zu verzichten und stattdessen auf das rechtlich Geschuldete zu klagen, muss es auch dem beklagten Partei gestattet sein, einen unbestimmten Antrag etwa mit dem Wortlaut zu stellen: *“Es sei die Klage in dem Umfange abzuweisen, in dem sie vom Gericht als nicht bestehend betrachtet wird.”* Fairerweise muss sogar der beklagten Partei bei einer unbezifferten Forderungsklage unterstellt werden, dass der Antrag auf Klageabweisung auf diese Weise zu verstehen ist, falls sie nichts anderes vorbringt. Liegen in diesem Sinne zwei unbestimmte Anträge vor, obsiegen stets beide Parteien, falls das Gericht die Klage (in welcher Höhe auch immer) gutheisst. Damit ist klar, dass bei solchen Konstellation die Kosten auf beide Parteien hälftig zu verteilen sind.

Hinterfragung des Verständnisses von Obsiegen und Unterliegen bei unbestimmten Forderungsklagen nach h.M.:

Die ganz h.M. nimmt wie schon gesagt an, dass die klagende Partei bei einer unbestimmten Forderungsklage unabhängig von der Höhe des zugesprochenen Betrages grundsätzlich umfassend obsiegt, wenn die Klage überhaupt geschützt wird (I. C). M.E. ist es sehr fraglich, ob diese Ansicht richtig ist. Die Verteilung nach Obsiegen und Unterliegen ist genau gesehen nur möglich, wenn beide Parteien am Anfang des Prozesses einen bestimmten Antrag stellen. Fehlt es an einer bestimmten Antragstellung, gibt es nichts, woran das Obsiegen und Unterliegen gemessen und damit die Kostenverteilung angeknüpft werden kann. Das heisst, mit dem Verzicht auf eine bestimmte Antragstellung befindet man sich ausserhalb des Systems der traditionellen Kostenverteilung. Damit müssen die Kosten hälftig geteilt werden, wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen, welche eine Abweichung hiervon verlangen (zur Kostenverteilung nach Ermessen siehe Art. 107 ZPO).

Verteilung nach Ermessen bei unbezifferten Forderungsklagen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO:

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

Schliesslich könnte eine der Waffengleichheit entsprechende Lösung auch dadurch erreicht werden, dass die Kosten bei der unbezifferten Forderungsklage wegen Vorliegens besonderer Umstände nach Ermessen verteilt werden. Die nach dem Gleichheitsgrundsatz einzig angemessene Lösung ist es, die Kosten bei einer unbezifferten Forderungsklage beiden Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen. D.h. es sind die Gerichtskosten zu teilen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Von diesem Grundsatz ist höchstens in den Fällen abzuweichen, in denen – wie wohl regelmässig bei der Stufenklage – die Ungewissheit über die Höhe des Anspruchs nur für eine Partei besteht oder andere im Gesetz genannte Gründe vorliegen (vgl. Art. 107 ZPO).

Die letztgenannte Lösung ist die einfachste; die erstgenannte jedoch die überzeugendste, weil sie den Grundsatz der Waffengleichheit am direktesten umsetzt und klar macht, dass in einem Prozess nicht nur die klagende Partei, sondern auch die beklagte Partei Anträge stellt und stellen muss und entsprechend auch für sie in diesen Fällen ein Bedürfnis nach einer unbestimmten Antragstellung bestehen kann.

All diese Überlegungen scheinen auf den ersten Blick nur auf die Fälle zugeschnitten zu sein, in denen die Forderung auch während des Verfahrens nicht beziffert werden kann, weil sie erst nach Ausübung des richterlichen Ermessens feststeht. Dies trifft jedoch nicht zu. Eine nach Durchführung des Beweisverfahrens d.h. eine kurz vor Verfahrensende erfolgende Bezifferung, ist aus der Sicht der beklagten Partei faktisch den Fällen gleichzusetzen, in denen keinerlei Bezifferung erfolgt. Letztlich ist die nachträgliche Bezifferung kurz vor Ende des Prozesses nichts anderes als ein prozessualer “Trick”, mit dem der Dispositionsmaxime noch in formaler Weise genüge getan und eine rückwirkende Umverteilung der Prozesskosten auf der Basis des nachträglichen Antrags erreicht werden soll. Die Verteilung der Kosten nach Obsiegen und Unterliegen ist nur dann eine faire Lösung, wenn eine bestimmte Antragstellung am Anfang des Verfahrens erfolgt und damit der Ausgang des Verfahrens für beide Parteien in gleichem Masse ungewiss ist. Erfolgt die Bezifferung erst später, müssen fairerweise sämtliche Aufwendungen der Parteien vor der Bezifferung nach den Grundsätzen abgerechnet werden, wie sie für die unbestimmte Antragstellung gelten. Da im Zeitpunkt der Bezifferung bereits sämtliche Aufwendungen erfolgt sind, sind auch in diesen Fällen die Kosten des Prozesses grundsätzlich zu teilen.

Der Verfasser ist sich bewusst, dass diese Erkenntnis möglicherweise die unbezifferte Forderungsklage stark relativiert, wenn nicht sogar ganz in Frage stellt. Diese Klageform kann – wie gesagt – ihr Hauptziel, das Kostenrisiko für die klagende Partei herabzusetzen, nur in sehr beschränktem Umfange erreichen. Die klagende Partei kann damit im Regelfall lediglich sicherstellen, dass sie nicht mehr, aber auch nicht weniger als die Hälfte der Kosten zu tragen hat.

IV. Bedeutung des Mindestwertes

A. Problemstellung und bisherige Rechtslage

So alt wie die unbezifferte Forderungsklage ist auch die Frage, ob der unbestimmte Antrag mit der Angabe einer Grössenordnung, eines Mindest- oder Maximalbetrages, eines Rahmenantrages etc. verbunden werden muss und welche Bedeutung einer solchen Angabe zukommt.

In der Schweiz war wohl bisher die Meinung vorherrschend, dass, soweit die unbezifferte Forderungsklage zulässig ist, im Antrag keine zusätzliche Angabe über die Höhe der Forderung notwendig ist.²⁹ In der Praxis kam es zwar meines Wissens etwa vor, dass die klagende Partei den Antrag stellte, es sei die beklagte Partei zu verpflichten, einen CHF X übersteigenden Betrag zuzusprechen. Diese Angabe hatte jedoch meines Erachtens nur die Bedeutung einer Streitwertangabe, wie sie zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und allenfalls auch des anwendbaren Verfahrens ohnehin notwendig war.³⁰ Anderes galt etwa im Kanton Aargau. § 168 Abs. 2 ZPO AG hatte den Wortlaut: *“Ist der Kläger hierzu [gemeint zur Bezifferung der Forderung] nicht in der Lage, kann er den zuzusprechenden Betrag in das richterliche Ermessen stellen. Er hat jedoch einen Höchstbetrag anzugeben.”* Das Gericht war an diesen Höchstbetrag gebunden.³¹ Das unbestimmte Rechtsbegehren hatte damit (wohl) nur die Bedeutung, dass die Kostenverteilung nach den Regeln über die unbestimmte Forderungsklage erfolgte (hierzu I. B und III.).³² Stellte sich nach Ende des Beweisverfahrens heraus, dass die klagende Partei einen zu niedrigen Höchstbetrag angegeben hatte, konnte dieser mit einer Klageänderung berichtigt werden.³³

29 Vgl. hierzu die in den Fn 7 angeführten Zitate.

30 Vgl. LOOSLI, S. 114 ff.

31 EDELMANN, Rn 2.

32 Andernfalls wäre diese Bestimmung ohne praktische Bedeutung.

33 EDELMANN, Rn 2.

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

In Deutschland wird zu dieser Frage bei einer vergleichbaren Rechtslage eine bunte Palette von Ansichten vertreten. Die Wichtigsten sind folgende:

- Der Bundesgerichtshof und die überwiegende Lehre verlangen für eine zulässige unbezifferte Forderungsklage die Angabe einer "Grössenordnung", in der sich die Forderung bewegen soll.³⁴ Einzelne Autoren sind jedoch im Anschluss an frühere Entscheide des BGH der Ansicht, dass eine solche Angabe nicht notwendig sei.³⁵
- Nach Ansicht des BGH und eines Teils der Lehre hat die Angabe einer Grössenordnung primär nur Bedeutung für die Streitwertfestsetzung. Das heisst, das Gericht kann nicht nur weniger, sondern ohne weiteres auch mehr zusprechen.³⁶ Die Angabe hat nur insofern bindenden Charakter, als die klagende Partei nicht als beschwert gilt und damit kein Rechtsmittel einlegen kann, wenn die angegebene Grössenordnung nicht unterschritten wird.³⁷
- Verschiedene Autoren und ein Teil der Rechtsprechung meinen, dass die Angabe einer Grössenordnung nicht nur unerlässlich sei, sondern auch dem Gericht eine Bandbreite vorgebe, innerhalb der es zu entscheiden habe. In der Literatur wird etwa ein Betrag von 20 % genannt, um den das Gericht die angegebene Grössenordnung maximal überschreiten dürfe.³⁸
- Schliesslich wird in Deutschland (offenbar) vor allem vom Oberlandgericht München die Auffassung vertreten, dass das Gericht auch bei einer unbezifferten Forderungsklage grundsätzlich an den als Grössenordnung oder Mindest- oder Maximalbetrag angegebenen Betrag gebunden sei.³⁹ Damit liegt die Bedeutung der unbezifferten Klage wohl wie bisher (in der Schweiz) im Kanton Aargau nur, aber immerhin, noch darin, dass die Kostenfestsetzung nach den Grundsätzen der unbezifferten Forderungsklage erfolgt (hierzu I. B und III.).

34 BGH NJW 2002, 3769 und die dortigen Hinweise auf ältere Entscheide; für die Lehrmeinungen DUNZ, S. 1734 ff.; RÖTTGER, S. 368; FOERSTE, Rn 34.

35 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39 ff.

36 BGH NJW 2002, 3769 und die dortigen Hinweise auf ältere, zum Teil abweichende Entscheide; RÖTTGER, S. 368; FOERSTE, Rn 34.

37 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39.

38 So FOERSTE, Rn 34; vgl. auch RÖTTGER, S. 368 f. und die dort genannten Entscheide.

39 Hierzu RÖTTGER, S. 369.

B. Bedeutung des “Mindestwertes” nach Art. 85 Abs. 1 ZPO

1. Inhalt der gesetzlichen Regelung

Gemäss Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO hat eine Partei, die eine unbezifferte Forderungsklage erheben will, einen “Mindestwert” anzugeben, *“der als vorläufiger Streitwert gilt”*. Die Bedeutung dieses Mindestwertes lässt sich meines Erachtens relativ klar bestimmen:

Obwohl das Gesetz von einem “Mindestwert” spricht, ist klar, dass das Gericht diesen Wert nicht nur über-, sondern auch unterschreiten darf.⁴⁰ Das heisst, der Mindestwert ist nicht als Aussage der klagenden Partei darüber zu verstehen, was sie letztlich will; oder anders formuliert, diese Angabe ist kein Akt der Disposition über den geltend gemachten Anspruch. Seine Bedeutung liegt vielmehr lediglich in der Nennung eines vorläufigen Streitwertes, was ja in der genannten Bestimmung ausdrücklich gesagt wird.

Der durch den Mindestwert definierte vorläufige Streitwert ist vor allem massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und des anwendbaren Verfahrens. Im Weiteren bildet er die Basis für die (vorläufige) Festsetzung des Kostenvorschusses, für die Gerichtskosten (Art. 98 ZPO) und die Sicherstellung der Parteientschädigung, falls die Voraussetzungen hierfür gegeben sind (Art. 99 ZPO). Stellt sich später heraus, dass der Streitwert effektiv höher oder niedriger ist als der Mindestwert, können Kostenvorschuss und Sicherstellung abgeändert werden. Die sachliche Zuständigkeit⁴¹ (Art. 82 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und wohl auch das anwendbare Verfahren bleiben jedoch erhalten.⁴²

40 BOPP/BESSENICH, Rn 17; OBERHAMMER, Rn 8.

41 Im Vorentwurf war noch die Überweisung an das sachlich zuständige Gericht vorgesehen (Art. 75 Abs. 2 VE-ZPO).

42 FÜLLEMANN, Rn 3 (wenn eine Bezifferung nach Abschluss des Beweisverfahrens möglich ist), 6 (bei Sachverhaltsermessen) und 8 (bei Rechtsfolgeermessen); dies entspricht auch der heutigen zürcherischen Rechtspraxis, vgl. hierzu das Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr.: LB110063 vom 21. Oktober 2011, ungeschickt ist allerdings die Formulierung in Erwägung 4.6. Dort wird zunächst festgehalten, dass sobald die Forderung beziffert werde, der angegebene Wert als Streitwert des Verfahrens gelte. Im nächsten Satz heisst es sodann, dass das anwendbare Verfahren damit bestimmt werde. Da in letzterer Aussage aber auf FÜLLEMANN verwiesen wird, ist davon auszugehen, dass das Obergericht dessen Ansicht teilt (also die aufgrund des angegebenen Mindestwertes bestimmte Verfahrensart beibehalten bleibt); BOPP/BESSENICH, N 18.

Gl. Meinung ohne sich jedoch zur Frage der Abänderlichkeit der Kostenverfügung bzw. des Fortbestandes der Verfahrensart bei nachträglicher Bezifferung zu äussern:

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

Die definitiven Gerichts- und Parteikosten sind schliesslich nach dem tatsächlichen Streitwert festzusetzen.⁴³

Konkret bedeutet dies etwa Folgendes: Beträgt der Mindestwert CHF 25'000.-- kommt für den Fall das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich ist hierfür das Einzelgericht zuständig (§ 22 lit. a Entwurf GOG). Stellt hierauf die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach der Auskunftserteilung durch die beklagte Partei (so bei der Stufenklage) einen bestimmten Klageantrag von CHF 100'000.--, bleibt das Einzelgericht weiterhin für den Fall zuständig. Auch wird das Verfahren sinnvollerweise trotz höheren Streitwerts im vereinfachten Verfahren weitergeführt.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass für die Rechtsmittel von Endentscheiden auf den der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren abzustellen ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO).⁴⁴

2. Verfassungskonforme Auslegung

Wendet man folgend der h.M. Art. 85 Abs. 1 ZPO unbesehen an, ist diese Bestimmung mit dem Grundsatz der Waffengleichheit nicht vereinbar. Denn danach scheint die klagende Partei berechtigt zu sein, mehr oder weniger nach eigenem Gutdünken einen Mindestwert zu nennen, welcher dann für die Verfahrensart, die sachliche Zuständigkeit und die Kostenentscheidung (insb. Festsetzung des Kostenvorschusses) auf jeden Fall bis zur Nachholung der Bezifferung bis im Beweisverfahren, d.h. mehr oder weniger für das gesamte Verfahren massgebend ist.⁴⁵

COURVOISIER, Rn 6 und 11; MOHS, Rn 3f. und Rn 7; SUTTER-SOMM, Rn 532 und Rn 536.

43 BOPP/BESSENICH, Rn 18; zur Problematik der Streitwertbestimmung bei Stufenklagen vgl. BOPP/BESSENICH, Rn 20ff. und MOHS, Rn 7.

44 BOPP/BESSENICH, Rn 18; MOHS, Rn 7.

45 In der Lehre wird mehrheitlich lediglich darauf hingewiesen, dass die klagende Partei einen Mindestwert zu nennen habe. Die beklagte Partei wird dabei ausser Acht gelassen, auch werden keine Bemessungskriterien genannt. Immerhin weisen Bopp/Bessenich darauf hin, dass der Streitwert im Endurteil niedriger sein könne als der angegebene Mindestwert, da die beklagte Partei andernfalls bei Angabe eines unverhältnismässig hohen Mindestwertes einem unverhältnismässig hohen Kostenrisiko ausgesetzt werde (BOPP/BESSENICH, Rn 17). Ferner weisen BOPP/BESSENICH für den Fall, dass der von der klagenden Partei angegebene Mindestwert offensichtlich unrichtig ist, darauf hin, dass das Gericht den Streitwert in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO bei Prozessbeginn selber festsetzen kann (BOPP/BESSENICH, Rn 19).

M.E. steht diese Bestimmung im Widerspruch zum Grundsatz der Waffengleichheit aber auch zu den allgemeinen Grundsätzen für die Festsetzung des Streitwertes. Nach den allgemeinen Regeln für die Streitwertfestsetzung erfolgt diese nach objektiven Grundsätzen durch das Gericht, welches dabei auf die Angaben beider Parteien abstellt. Art. 91 ZPO Abs. 2 ZPO hat den Wortlaut: *“Lautet das Begehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind.”* Meines Erachtens muss auf diese Weise auch bei der Festsetzung des Mindestwertes vorgegangen werden. Das heisst: Die beklagte Partei kann sich den Angaben der klagenden Partei anschliessen oder einen anderen Betrag nennen. Stimmt die beklagte Partei der Angabe der klagenden Partei stillschweigend oder ausdrücklich zu, ist von diesem Betrag auszugehen, falls er nicht als offensichtlich unrichtig erscheint. Trifft Letzteres zu oder sind sich die Parteien nicht einig, hat das Gericht den als Streitwert geltenden Mindestwert nach Ermessen festzusetzen.⁴⁶

Anzumerken ist im Übrigen auch, dass der Streitwert richtiger Weisenicht ein Mindestwert, sondern ein geschätzter effektiver Wert, wenn nicht sogar ein Maximalwert der Klage ist (vgl. Art. 91 ff. ZPO). Angesichts der klaren Regelung im Gesetz muss diese Unstimmigkeit von Art. 85 ZPO jedoch wohl hingenommen werden.

V. Verhältnis zu anderen Instituten, welche der Unvorhersehbarkeit des Prozessausgangs Rechnung tragen

A. Allgemeines

Die unbezifferte Forderungsklage ist nicht das einzige Institut, welches an den Umstand anknüpft, dass Bestand und/oder Umfang eines materiellen Anspruchs vor Klageeinleitung oft höchst unsicher bzw. unklar sind oder zumindest heute noch nicht feststehen.

46 In welchen Fällen die Gerichte einen Mindeststreitwert in Anwendung von Art. 85 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 ZPO festsetzen werden, wird die Praxis zeigen. Das Bundesgericht wird sich dazu kaum äussern. Denn gegen einen gerichtlich festgesetzten Mindeststreitwert und eine damit einhergehende Kostenverfügung kann als Beschwerdegrund nur ein rechtlicher, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorgebracht werden (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Ein solcher wird aber, insbesondere mit Blick auf Abänderlichkeit der Kostenverteilung, kaum je vorliegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_35/2012 vom 9. Februar 2012).

Andere Institute mit diesem Ausgangspunkt sind insbesondere:

- Kostenverteilung nach Ermessen bei bestimmter Antragstellung nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO;
- Teilklage verbunden allenfalls mit einer Klageänderung;
- vorsorgliche Beweisabnahme nach Art. 158 Abs. 2 lit. b ZPO.

Bei all diesen anderen Instituten stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis sie zum Institut der unbezifferten Forderungsklage stehen. Nachfolgend sollen hier die Regelungen in Art. 107 Abs. 1 lit. a und 158 Abs. 2 lit. b ZPO näher betrachtet werden.

B. Kostenverteilung nach Ermessen bei bezifferter Forderungsklage

Nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO kann das Gericht (unter anderem) von den allgemeinen Regeln der Kostenverteilung abweichen, *“wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängt oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war”*.

Der Gesetzgeber hat dabei insbesondere an einen von der geschädigten Person eingeleiteten Haftpflichtprozess gegen die Haftpflichtversicherung gedacht, in dem der geschädigten Person nur ein Teil der Forderung zugesprochen wird. Da die Bezifferung äussert schwierig und das Risiko zu überklagen entsprechend hoch sei, könne die Billigkeit für die volle Kostenpflicht der beklagten Versicherung sprechen.⁴⁷

47 BOTSCHAFT ZPO, 7297 (mit dem Hinweis, dass ungleiche wirtschaftliche Kräfteverhältnisse unter dem Auffangtagbestand Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zu subsumieren sind);

Zustimmend: FISCHER, Rn 5; RÜEGG, Rn 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 Rn 36, die in diesem Zusammenhang auf die Teilklage als taugliches Mittel zur Begrenzung des Kostenrisikos verweisen; SUTTER-SOMM, Rn 656;

Kritisch äussern sich dagegen: JENNY, Rn 6, der zunächst darauf hinweist, dass keine gesetzliche Grundlage für eine generelle Auferlegung der Prozesskosten nach dem sogenannten Veranlassungsprinzip in Haftpflichtprozessen bestehe und ferner erwähnt, dass im Rechnungsprozess derjenige das Risiko des Überklagens trage, der auf die Stufenklage verzichte; SCHMID, Art. 107 Rn 2, der einerseits zu Recht betont, dass das Mass des Überklagens einen massgebenden Einfluss behalte und andererseits darauf hinweist, dass eine solche Kostenverteilung gem. BGE 113 II 323 E. 9c S. 343 nicht der Praxis entspreche, weil Art. 42 Abs. 2 OR der klagenden Partei nicht das ganze Prozessrisiko abnehme (anzumerken bleibt, dass im besagten Entscheid aber auch festgehalten wurde, dass die Gegenpartei stärker als ihrem Unterliegen entsprechend, ja sogar voll belastet werden dürfe, wo die Umstände das eine oder andere rechtfertigen).

Dieses Instrument zur Reduktion des Kostenrisikos der klagenden Partei hat einen weitgehend überschneidenden Anwendungsbereich mit demjenigen der unbezifferten Forderungsklage.⁴⁸ Meines Erachtens stehen beide Instrumente ohne besondere Priorität des einen oder anderen Instituts nebeneinander.⁴⁹ Das heisst, die klagende Partei kann wählen, ob sie – falls die Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 1 ZPO gegeben sind – eine unbezifferte Forderungsklage einreichen oder der bestimmten Antragstellung den Vorzug geben will. Im letzteren Fall kann es sich empfehlen, falls die klagende Partei von der Kostenreduktion gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO profitieren will, bereits im Klageantrag für den Fall des nicht vollständigen Obsiegens eine Kostenfestsetzung nach Ermessen zu beantragen.

Zu beachten ist allerdings, dass auch dieses Instrument zur Senkung des Kostenrisikos nach dem Grundsatz der Waffengleichheit der Parteien relativiert werden muss. Falls der Anspruch vor der Entscheidung für beide Parteien in gleichem Masse ungewiss war, müssen die Folgen der Ungewissheit auf beide Parteien zu gleichen Teilen verteilt werden. Konkret bedeutet dies: Wenn das Gericht der Ansicht ist, dass die Klage etwa zu 40 % nicht voraussehbar war, dann kann es nicht einfach eine diesem Prozentsatz entsprechende Umverteilung der Kosten zulasten der beklagten Partei vornehmen; vielmehr kann es lediglich die Hälfte davon, d.h. 20 %, der beklagten Partei anlasten.⁵⁰ Freilich muss die

48 Dies gilt insbesondere für den Haftpflichtprozess. Einerseits wird er in der Botschaft als Hauptbeispiel für den Anwendungsbereich von Art. 105 Abs. 1 lit. a E-ZPO (heute Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO) erwähnt (Botschaft ZPO, 7297). Andererseits wurde Art. 42 Abs. 2 OR im Bericht zum Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung als Beispiel genannt, bei dem eine unbezifferte Forderungsklage eingereicht werden kann (Bericht Vorentwurf, S. 43).

49 Vgl. dazu OBERHAMMER, Rn 2f., der der unbezifferten Forderungsklage aus Gründen der Glaubwürdigkeit als "saubereren" Weg den Vorzug gibt, indem er darauf hinweist, dass ein bezifferter Antrag immer zu einem bestimmten Grad substantiiert werden müsse, was notwendigerweise zu unscharfen bis unrichtigen Behauptungen in der Klage führe; zudem weist er zu Recht darauf hin, dass die unbezifferte Forderungsklage für Stufenklagen unverzichtbar ist (vgl. hierzu auch Fn 50).

50 In Fallkonstellationen, in denen eine Stufenklage eingereicht werden kann, ist es allerdings empfehlenswert zunächst eine unbezifferte Forderungsklage einzureichen und eine Bezifferung erst nach dem Beweisverfahren vorzunehmen. Denn wer in einem Rechnungsprozess auf eine Stufenklage verzichtet, trägt das Risiko zu überklagen (JENNY, Rn 6). Dies zeigte sich etwa am Urteil des Obergerichtes Zürich vom 11. Januar 2002, ZR (101) 2002, 119. Die Vorinstanz ging dabei von einem Streitwert von rund Fr. 92'500.-- und einem klägerischen Obsiegen von Fr. 10'800.- aus. Weil die Beklagte dem Kläger keine ausreichend transparenten Unterlagen

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

klägerische Partei auch hier im Grundsatz obsiegen, andernfalls gilt die Kostenverteilung nach Verfahrensausgang (Art. 106 ZPO).

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich festzuhalten, dass Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur vor der ersten Instanz, sondern auch im Rechtsmittelverfahren anzuwenden ist.⁵¹

C. Vorprozessuale Beweisabnahme zur Abschätzung des Prozessrisikos

Eine wesentliche Neuerung bringt das vereinheitlichte Recht für die vorsorgliche Beweisabnahme. Eine vorsorgliche Beweisabnahme ist nicht nur zur Sicherung des Beweises möglich, sondern auch dann, wenn der Gesuchsteller *“ein schutzwürdiges Interesse”* glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Laut der Botschaft liegt ein solches Interesse vor allem im Bedürfnis einer Partei, vor Einleitung eines Prozesses die *“Beweis- und Prozessaussichten”* abzuklären.⁵²

Meines Erachtens ist die vorläufige Beweisabnahme zu diesem Zweck durchaus zu begrüssen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob überhaupt und

geliefert habe und im Beweisverfahren etliche Beanstandungen berechtigt gewesen seien, hat das Bezirksgericht die Kosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt und keine Prozessentschädigung gesprochen. Das Obergericht Zürich hat die gegen die erstinstanzliche Kostenverteilung erhobene Berufung der Beklagten gutgeheissen. Dabei ging das Obergericht Zürich auf die klägerischen Vorbringen, die Beklagte habe die nötigen Unterlagen nur unvollständig bzw. gar nicht geliefert, nicht ein. Dies namentlich, weil der Kläger sein Rechtsbegehren (trotz der Möglichkeit zunächst unbezifferte Forderungsklage einzureichen) von Anfang an beziffert und auch nach dem Beweisverfahren an seinem Rechtsbegehren festgehalten habe. Damit habe der Kläger das allgemeine Prozessrisiko zu tragen und die Kosten seien entsprechend dem klägerischen Unterliegen zu acht Neunteln zu verteilen.

51 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 4.1 ff.; sowie zur grundsätzlichen Geltung der allg. Regeln gem. Art. 104 ff. für die Rechtsmittelinstanz BGE 137 III 470 E. 6.5.3 S. 473 f. Im Gegensatz dazu hat das Bundesgericht in BGE 113 II 323 E. 9.d S. 344 noch folgendes festgehalten: *“Besondere Rücksicht auf den Geschädigten ist (...) nur für das erstinstanzliche Verfahren angebracht, weil er seine Begehren oft in Unkenntnis der gegnerischen Auffassung formulieren muss. Wenn bereits ein Sachurteil vorliegt, besteht dazu meistens kein Anlass mehr, jedenfalls nicht nach einem zweitinstanzlichen Urteil”*.

52 Die Möglichkeit der vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten ist für zahlreiche Kantone neu (FELLMANN, Kommentar, Rn 17), so z.B. für den Kanton Zürich (§ 135 ZPO ZH, vgl. SCHMID, Art. 158 Rn 3). Einzelne Kantone haben die vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten bereits vorgesehen (Botschaft ZPO, 7315). So etwa der Kanton Bern, wobei davon allerdings wenig Gebrauch gemacht worden ist (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 222 Rn 1a).

allenfalls welche Grenzen aus dem Erfordernis eines “schutzwürdigen Interesses” gezogen werden müssen.⁵³

Die Rechtsprechung hierzu ist noch uneinheitlich.⁵⁴ Das Bundesgericht hielt folgendes fest (BGE 138 III 76, E. 2.4.2 S. 81 f.): “Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung (...) noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine

53 Vgl. etwa MEIER 310 ff.; a.A. SCHWEIZER, S. 11f; vgl. ferner Fn 57.

54 So wurde das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses für eine vorsorgliche Beweisführung in Form eines Gutachtens in zwei ähnlich gelagerten Fällen, in denen jeweils bereits umfangreiche medizinische Unterlagen vorhanden waren, in St. Gallenbejaht (Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Obligationenrecht, BS.2012.5 vom 5. April 2012), in Zürich aber verneint (Urteil des Obergericht des Kantons Zürich Geschäfts-Nr.: LF110116 vom 20. Dezember 2011). Nach Auffassung des Kantonsgerichts St. Gallen genügt ein schutzwürdiges Interesse an der Beweiserhebung als solcher, wobei an das schutzwürdige Interesse keine hohe Anforderungen zu stellen seien. Einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei in der Regel stattzugeben. Dem Gesuchsteller müsse auch dann die Möglichkeit zugestanden werden, auf eigene Kosten eine gerichtliche Expertise erstellen zu lassen, wenn er bereits mehrere Privatgutachten in Auftrag gegeben habe. In Erwägung 2. a hielt das Kantonsgericht St. Gallen zudem fest: “Bei der vorliegend umstrittenen vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO geht es, wie vorab klarzustellen ist, nicht um die Glaubhaftmachung von Tatsachen, gestützt auf welche - sofern bewiesen - die Haftungsvoraussetzungen (...) bejaht werden könnten und eine Klage gutzuheissen wäre. Insbesondere geht es - es sei denn, der Gesuchsteller ersuche um unentgeltliche Rechtspflege - nicht darum zu prüfen, ob aufgrund der Aktenlage und Vorbringen des Gesuchstellers bzw. der Parteien (...) im massgeblichen Zeitpunkt des Entscheides über das Gesuch eine Klage als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO erscheint oder nicht. Zu beurteilen sind also nicht die Chancen des Gesuchstellers in einem späteren Hauptprozess. Soweit im Schrifttum eine andere Auffassung vertreten wird (...), kann dieser nicht beigeplichtet werden (...)”. Im Gegensatz dazu ging das Obergericht Zürich zwar ebenfalls davon aus, dass ein schützenswertes Interesse gegeben sei, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme zur Beurteilung der Prozesschancen geeignet und notwendig. Hielt aber gleichzeitig fest, dass ein schutzwürdiges Interesse an einem gerichtlichen Gutachten aber erst dann bestehe, wenn die vorhandenen ärztlichen Gutachten und Berichte keine adäquate Grundlage zur Beurteilung der Prozesschancen darstelle. Wenn nicht glaubhaft sei, dass der Beweisantrag der Ansprecher die Prozesschancen dank dem Beweisantrag besser abschätzen könne, sei kein schutzwürdiges Interesse gegeben. In casu ging das Obergericht davon aus, dass die vorhandenen ärztlichen Gutachten und Berichte eine adäquate Grundlage zur Beurteilung der Prozesschancen darstellten. In Anbetracht der voraussichtlich anfallenden Kosten für ein solches Gerichtsgutachten hielt das Obergericht Zürich schliesslich fest, dass die Prozessaussichten mit einem gerichtlichen Gutachten wohl kaum kostengünstiger abgeschätzt werden könnten, als wenn der Hauptprozess eingeleitet und die Prozesschancen bspw. anlässlich der Instruktionsverhandlung beurteilt würden. Aus ökonomischer Sicht müsste daher die Gesuchstellerin die Einleitung des Hauptprozesses (Teilklage) der vorsorglichen Beweisführung vorziehen.

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (...). Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (...)."

Ebenfalls unklar ist, ob sämtliche Beweismittel Gegenstand einer vorsorglichen Beweisabnahme sein können⁵⁵ oder ob die persönliche Befragung und die Beweisaussage ausgenommen sind.⁵⁶

Betreffend die unbezifferte Forderungsklage stellt sich die Frage, ob beide Institute zur Minderung des Kostenrisikos alternativ oder sogar kumulativ zur Anwendung kommen können oder ob eines dieser Instrumente primär genützt werden muss.⁵⁷ Insbesondere wäre es etwa

55 So etwa FELLMANN, Kommentar, Rn 30; GASSER/RICKLI, Art. 158 Rn 8.

56 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 311; zustimmend ZÜRCHER, Kommentar, Rn 13; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, erwähnen, dass in praxi wohl v.a. die Begutachtung, die Zeugeneinvernahme und der Augenschein vorsorgliche durchgeführt werden (§ 18 Rn 142).

57 Die Lehrmeinungen hierzu gehen auseinander:
So spricht sich ZÜRCHER für den **Vorrang der unbezifferten Forderungsklage** aus, indem er das Vorliegen eines genügenden Interesses verneint, wenn es aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar sei, Klage zu erheben (ZÜRCHER, Kommentar, Rn 12); SCHMID hält fest, dass die vorsorgliche Beweisabnahme nicht der blossen Feststellung der Höhe eines Anspruches diene, wenn klar sei, dass ohnehin prozessiert werde, weil dann eine unbezifferte Forderungsklage eingereicht werden könne (SCHMID, Art. 158 Rn 4 m.H.a. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 310f.); Nach FELLMANN ist eine **kumulative Anwendung** möglich, wobei er wohl der unbezifferten Forderungsklage den Vorzug gibt. Zum einen hält er fest, dass eine unbezifferte Forderungsklage nicht mit der Begründung verwehrt werden dürfe, dass eine Bezifferung durch eine vorsorgliche Beweisführung möglich gewesen wäre; denn vor Abschluss des Behauptungsstadiums und Abnahme sämtlicher Beweise sei die Höhe des Anspruchs auch durch einen Experten selten zuverlässig abschätzbar. Zum anderen weist FELLMANN auch auf die Gefahr hin, dass die anlässlich der vorsorglichen Beweisabnahme durchgeführte

denkbar, eine vorläufige Beweisabnahme mit der Begründung abzulehnen, die klagende Partei könnte das Prozessrisiko mit der unbezifferten Forderungsklage ausreichend mindern.

M.E. ist dies namentlich zu verneinen, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass die unbezifferte Forderungsklage das Kostenrisiko nur beschränkt vermindern kann.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Meine Ausführungen zur unbezifferten Forderungsklage haben ein zwiespältiges Bild ergeben:

Einerseits hat sich gezeigt, dass die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO einen breiteren Anwendungsbereich hat, als bisher die bundesgerichtliche Praxis und ein Teil der Lehre angenommen haben. Meines Erachtens kann eine unbezifferte Forderungsklage nicht nur bei Stufenklagen und erst nach dem Beweisverfahren bezifferbaren Klagen, sondern auch bei Ansprüchen, welche nach richterlichem Ermessen festzusetzen sind, erhoben werden.

Andererseits hat sich ergeben, dass die unbezifferte Forderungsklage ihr Hauptziel der Reduktion des Kostenrisikos nur in beschränkter Weise erreichen kann. Sie kann damit das Kostenrisiko der klagenden Partei zulasten der beklagten Partei nicht völlig ausschalten. Vielmehr kann sie im Regelfall lediglich sicherstellen, dass die klagende Partei nicht mehr, aber auch nicht weniger als die Hälfte der Kosten zu tragen hat.

Meines Erachtens macht die unbezifferte Forderungsklage bei Stufenklagen durchaus Sinn. Abgesehen hiervon ist wohl eher zu empfehlen, von der unbezifferten Forderungsklage abzusehen und

Begutachtung im Hauptprozess allenfalls wiederholt werden müsse, was zu unnötigen Mehrkosten führen könne (FELLMANN, Kommentar, Rn 45 f.); vgl. ferner BOPP/BESSENICH, Rn 13, FÜLLEMANN, Rn 2 f., OBERHAMMER, Rn 5, und STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 Rn 5, die alle der Ansicht sind, dass vom Kläger nicht verlangt werden könne, vorprozessual durch vorsorgliche Beweisführung die notwendigen Angaben für die Bezifferung zu beschaffen und eine unbezifferte Forderungsklage auch dann eingereicht werden dürfe, wenn sich die Höhe des Anspruchs mit einer vorsorglichen Beweisführung hätte ermitteln lassen).

Im Gegensatz dazu sind STAEHELIN/SUTTER der Meinung, dass es dem Kläger in Fällen, in denen erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung abgibt, zumutbar ist, mittels **vorsorglicher Beweisabnahme** die notwendigen Angaben zu beschaffen (STAEHELIN/SUTTER, § 13 Rn 4).

BEITRAG VON
ISAAC
MEIER

stattdessen einen bestimmten Antrag zu stellen, eine Teilklage zu erheben oder mit dem Prozess solange zuzuwarten, bis sich Bestand und Umfang des Anspruchs anderweitig geklärt haben.



LITERATURVERZEICHNIS

BACHER KLAUS, in: Schlegelmilch Günter (Hrsg.), Geigel/Haftpflichtprozess, 25. Aufl., München 2008

BECKER-EBERHARD EKKEHARD, Kommentar zu § 253, in: Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§ 1 – 510c, 3. Aufl., München 2008

BOPP LUKAS/BESSENICH BALTHASAR, Kommentar zu Art. 85, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010

BÖSCH KURT, Prozesskosten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2006, S. 145 ff.

COURVOISIER MATTHIAS, Kommentar zu Art. 85, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010

DUNZ WALTER, Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1984, S. 1734 ff.

EDELMANN ANDREAS, Kommentar zu § 168, in: Bühler Alfred/Edelmann Andreas/Killer Albert (Hrsg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a. Main/Salzburg 1989

FISCHER ALEXANDER, Kommentar zu Art. 107, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010

FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007 (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2007, 35 ff. (zit. FELLMANN, Substanziierung und Beweis)

FELLMANN WALTER, Kommentar zu Art. 158, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. FELLMANN, Kommentar)

FOERSTE ULRICH, Kommentar zu § 253, in: Musielak Hans-Joachim (Hrsg.),

Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl., München 2012

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997

FREI SYLVIA/WILLISEGGER DANIEL, Kommentar zu Art. 221, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

FÜLLEMANN DANIEL, Kommentar zu Art. 85, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010

JENNY DAVID, Kommentar zu Art. 107, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010

KLETT BARBARA, Schadenersatzrente: Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011 (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2011, S. 65 ff.

LANDOLT HARDY, Immaterieller Personenschaden: Integritätsentschädigung - Genugtuung, Vortrag im Rahmen der Fachanwaltsausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht vom 26.02.2011 in Luzern, <<http://www.hardy-landolt.ch/dokumente/imateriellerpersonenschaden.pdf>>

LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000

LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 221, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar ZPO SG)

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht)

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005

LOOSLI PETER, Die unbezifferte Forderungsklage, Diss. Zürich 1978

- BEITRAG VON
ISAAK
MEIER
- MEIER ISAAK, *Iura novit curia*, Diss. Zürich 1975 (zit. MEIER, *Iura novit curia*)
- MEIER ISAAK, Privatrecht und Prozessrecht, eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser Peter F. (Hrsg.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung*, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V., Band 6, Bielefeld 1992, 1 ff. (zit.: MEIER, Privatrecht und Prozessrecht)
- MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. MEIER, *Zivilprozessrecht*)
- MILANI DOMINIK, Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierungen bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidungsverfahren, *ArbR* 2011, S. 39ff.
- MOHS FLORIAN, Kommentar zu Art. 85, in: Gehri Myriam A./Kramer Michael (Hrsg.), *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2010
- OAKLEY JOHN B./AMAR VIKRAM D., *American civil procedure*, Austin 2009
- OBERHAMMER PAUL, Kommentar zu Art. 85, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), *Kurzkomentar ZPO*, Basel 2010
- PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 336a, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011
- RÖTTGER FRIEDHELM, Die Bindung des Gerichts an den unbezifferten Zahlungsantrag, *NJW* 6 (1994), 368 ff.
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL-HEINZ/GOTTWALD PETER, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010
- RÜEGG VIKTOR, Kommentar zu Art. 107, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010
- SCHMID HANS, Kommentar zu Art. 107 und Art. 158, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), *Kurzkomentar ZPO*, Basel 2010 (zit. SCHMID, Art. ... Rn ...)
- SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, *ZZZ* 21/22 (2010), 3 ff.
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Bern 2010

STAEHELİN ADRIAN/ SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

BEITRAG VON
ISAAK
MEIER

STAEHELİN ADRIAN/STAEHELİN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

VISCHER FRANK B., Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005

VOGEL OSCAR, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992, 58 ff.

ZÜRCHER JOHANN, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, sic! 2002, S. 493 ff. (zit. ZÜRCHER, sic!)

ZÜRCHER JOHANN, Kommentar zu Art. 158, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. ZÜRCHER, Kommentar)

MATERIALIEN

Schweizerische Zivilprozessordnung, Vorentwurf der Expertenkommission vom 30 Juni 2003 (zit. VE-ZPO)

Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, vom Juni 2003 (zit. Bericht Vorentwurf)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (06.062), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)

BELİRSİZ ALACAK DAVASI VE TARAFLARDA SİLÂHLARIN EŞİTLİĞİ¹

Prof. Dr. Isaak MEIER*

unter Mitarbeit von

Riccarda SCHINDLER**

Çev.: Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ***

I. Giriş

A. Konu Tanıtımı

1 Ocak 2011’de yeni İsviçre Usul Kanunu yürürlüğe girdi. Bugün yeni hukukun belirsiz alacak davası kurumunu incelemek için seçtim.

Yeni hukuk diğer birçok başka sorular gibi belirsiz alacak davası için de şimdiye kadarki kantonal hukuka ve özel (federal) hukukun tek elden

* Prof. Dr. iur., Professor für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Universität Zürich, Zürich.

** MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Isaak Meier.

*** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD.

1 In Weiterführung des Aufsatzes “Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos”, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 11–37.

uygulanmasının teminatına yönelik öğreti ve içtihatlarla gelişen esaslara dayanır. Belirsiz alacak davası sadece bazı kantonların usul kanunlarının değil, aynı zamanda sözü edilen federal hakim hukukunun bütünüyle parçasıydı.

Belirsiz alacak davası Türk hukuku için özellikle güncel bir konudur; çünkü, İsviçre Usul Kanunu hükmü Türk hukukundan da alıntı yapılmıştır. (m. 107 ZPO TR).

Bunu takiben sadece İsviçre çözümünü tanıtmayacağım, bilakis eleştirerek yorumlayacağım.

Benim asıl tezim şu olacak: Belirsiz alacak davası öğreti ve uygulama tarafından ve de kanun koyucu tarafından anlaşıldığı kadar tarafların eşitliği ilkesi ile uyumlu değildir. Bu ilkeden arzu edilen düzeltmeler yapılacak olursa, belirsiz alacak davası geniş ölçüde amacını, yani masraf riskini azaltılmasını veya indirilmesini, böylece kaybeder.

B. İsviçre Usul Kanunu (ZPO) Madde 85'teki Belirsiz Alacak Davası Hükümlerine Genel Bakış

Belirsiz alacak davası İsviçre Usul Kanunu m. 85'te İsviçre Usul Kanunu'nun 84. Maddesindeki eda davasının genel hükümlerine ilaveten düzenlendi.² Harfî harfine İsviçre Usul Kanunu madde 85 fıkra 1'de şu düzenlenmektedir: *“davacı, yargılamanın açıldığı tarihte kendisinden alacağının belirlenmesinin mümkün olmadığı veya tahmin edilemediği durumlarda belirsiz alacak davası açabilir. Davacı, geçici bir dava değeri olarak asgari bir değer belirtmek zorundadır”*. Geçici dava değeri olarak asgari değerle özellikle görevli mahkeme ve yargılama belirlenir.

Bu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre alacak mümkün olur olmaz tamamen (talep sonucu olarak) gösterilmek zorundadır. Kanun bunun için zamansal olarak ya delil aşamasının sonuçlanmasını ya da davacı tarafından bilgi verilmesini zikreder. Son durumla özellikli bir belirsiz alacak davası, yani bilinen ismiyle terditli davadan bahsedilir. Tipik örnekler bir komisyonun ödenmesine yönelik açılan davalardır ki, bu davalarda davacının davanın açılışında ne kadar istediği belirlenemezdir, çünkü davacı tarafça en son yapılan yüzdelik yükümlülüğünün gerçekleştiği işlem şimdiye kadar davalı tarafın bilgisinde değildir. Davalı taraf kendi

2 Bu belirleme bugün bütün hukuk alanları için uygulama bulmaktadır. Eskiden patent hukukunda görünen belirsiz alacak davası (altArt. 73. Abs. 2 PatG) yeni usul kanununun yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır. Karşılaştırınız. Usul Kanunu, Bugüne kadarki Hukukun değiştirilmesi ve iptali. 12. Patent Kanunu.

(maddi hukuki duruma ilişkin) bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirir getirmez, davacı taraf tutardaki eksikliği gidermek zorundadır.

Dava değerinin başlangıçta gösterilen asgari tutardan yüksek olduğu ve böylelikle başvurulun mahkemenin görevinin pas geçildiği delil aşamasından sonra, daha doğrusu tutar bilgisinin verilmesiyle ortaya çıkarsa, Usul Kanunu m. 85 fıkra 2'ye göre şimdiki kadarki göreve dokunulmaz.

C. Hakim Olan Düşünceye Göre Belirsiz Alacak Davasının Amacı

Belirsiz alacak davası hakim düşünceye göre ilk olarak davacı tarafın yargulamanın başında miktarını hiç belirleyemediği veya aşırı masraflarla belirleyebildiği alacaklarında masraf riskinin azaltılmasına yönelik bir vasıttır.³

Tasarruf ilkesine göre bir alacak davasının talep sonucu tam olarak gösterilmek zorundadır (Art. 84 Abs. 1 ZPO). Mahkeme talep edilenden daha fazlasına değil, bilakis en fazla talep edilenden azına karar verebilir. Belirsiz alacak davası ile bu ilke davacı tarafından alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı veya beklenemeyeceği olaylarda çığnır (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Belirli bir miktarın ifası yerine bu olaylarda taraf borçlanılan kısmın veya mahkeme tarafından tespit edilecek olan miktarın veya benzer türden bir miktarın ödenmesini dava eder.

Böylece davacı tarafın yanlış miktarın dava edilmesiyle bağlantılı riskleri azaltılır. Davacı çok azını dava etse, maddi hukuka göre kendisine verilenden daha azına muhtemelen ulaşacaktır. Davacı fazlasını dava ederse, davayı esasen kazanmasına rağmen böylelikle yargılama masraflarının bir kısmını taşımak zorunda kalacaktır. Çoğu olayda fazlasının dava edilmesinde masraf riski ön plana çıkar.

Belirsiz alacak davasının esasında azaltmayı istediği masraf riski, davayı kazanma ve kaybetme ölçüsüne göre tarafların taşımak zorunda kalacakları masraf paylaşımı temel kuralından kaynaklanmaktadır. Kanton usul kanunlarında olduğu gibi yeni kanunda da -masraf paylaşımının avrupa geleneğine göre- masrafların kaybeden tarafa yükleneceği esası geçerlidir (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davayı taraflardan hiçbirisi tamamen kazanmazsa, masraflar yargılamanın sonuçlanmasına göre paylaştırılır (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

3 Dipnot 3'te zikredilen literatüre bakınız

Hakim olan düşüncenin kabulüne göre, belirsiz alacak davasında mahkeme davayı kesinlikle uygun bulur ve davacı tarafa yargılama devam ederken sonradan belirlediği (gösterdiği) –sonradan belirleme mümkün olmasa bile- tutarı verirse, davacı taraf tamamen kazanır ve esasen hiçbir masrafı taşımak zorunda kalmaz.⁴

Bizde masraf paylaşımında esasen yargılamanın sonucundan bağımsız olarak her iki tarafın kendi masraflarını taşımak zorunda olduğu⁵ amerikan kuralı olsaydı, belirsiz alacak davasına göre ihtiyaçlar oluşmazdı.

Masraf indirimi sorusu İsviçre gibi mahkeme masraflarının duruma göre yüksek düzenlendiği durumlarda özellikle önemlidir.

	Kanun yolu dahil olmak üzere mahkeme ve avukatlık masrafları (yaklaşık)		
Uyuşmazlık Konusu Değeri	İsviçre ⁱ	Almanya ⁱⁱ	Türkiye ⁱⁱⁱ
10'000 TYL 4'300 EUR 5'160 CHF	14'132 – 16'626 TYL 6'077 - 7'149 EUR 7'292 - 8'579 CHF	10'070 TYL 4'330 EUR 5'196CH F	2'000 TYL 860 EUR 1'032 CHF
100'000 TYL 43'000 EUR 51'600 CHF	77'388 - 91'233 TYL 33'277 - 39'230 EUR 39'932 - 47'076 CHF	35'745 TYL 15'370 EUR 18'444 CHF	11'000 TYL 4'730 EUR 5'676 CHF
1'000'000 TYL 430'000 EUR 516'000 CHF	265'543 - 311'512 TYL 114'183 - 133'950 EUR 137'020 - 160'740 CHF	124'423 TYL 53'502 EUR 64'202 CHF	50'000 TYL 21'500 EUR 25'800 CHF

İsviçre:

Gösterilen miktarlar aşağıdaki kabullere dayanmaktadır:

Mahkeme masrafları:

1. Derece: Esas harç GebV OG § 4 Abs. 1'e göre (indirilebilir yada

4 Daha ayrıntılı ZÜRCHER, sic., S. 498 ("Bu olaylarda masraf riski dikkate değer – bu belirsiz dava değeri ile davanın kanun gerekçesinde yer alır- davalının aleyhine söz konusudur."); krş.. LOOSLI, S. 149 f.; BÖSCH, S. 161. Bösch, yargılama başladıktan sonra da belirlenemeyen belirsiz alacak davasında masraflar takdir hakkına göre bölüşülemez. Özellikle terditli dava için krş. LEUMANN LIEBSTER, S. 237 f.

5 OAKLEY/AMAR, S. 206.

üçte birine kadar, istisnai olarak iki katına kadar artırılabilir [§ 4 Abs. 2 GebV OG])

2. Derece: istinaf ve şikayet yargılaması için ilk derecede geçerli olan belirlemeler ölçüsü ilkesi takip edilir. (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Ayrıca dava değerinin ilk derecedeki gibi eşit olduğu kabul edilir.

Taraf masrafları: bu masraflarda davayı kaybeden taraf karşı tarafa verilen zararın tazmini gibi kendi savunması için masrafları öder. Ek ücretler için çarpan 1,5 kullanılır.

1. Derece: Esas harç AnwGebV § 4 Abs. 1'e göre (üçte birine kadar artırılabilir ve indirilebilir [§ 4 Abs. 2 AnwGebV]).

2. Derece: Bir taraftan dava değerinin 1.derecedeki gibi eşit olduğu kabul edilebilir (§13 Abs. 1 AnwGebV). Diğer taraftan kesin bir çekişmenin çözülmesinden gidilecektir.(§ 13 Abs. 2 AnwGebV).

ⁱⁱAlmanya:

Foris AG'nin yargılama masrafları hesap makinasına göre hesaplama için bakınız: <<http://foris-prozessfinanzierung.de/Prozesskostenrechner>> (ziyaret tarihi 20.09.2012).

ⁱⁱⁱTürkiye:

Teşekkürü borç bildiğimiz tutar bilgisi Assist. Prof. Dr. Evrim ERİŞİR -Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir- tarafından verilmiştir.

D. Belirsiz Alacak Davasına Yönelik Eski ve Yeni Sorular

Belirsiz alacak davası İsviçre Usul Kanunu m. 85'e göre bir çok eski ve yeni soruları ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan önemlileri aşağıdakilerdir:

- Uygulama alanı (II.);
- Masraf paylaşımındaki problemler (III.);
- Davacı tarafından gösterilen asgari değer anlamı (IV.);
- Belirsiz alacak davasının yargılamanın sona ermesinde öngörülme dikkate alınması gereken kurumlarla bağlantısı (V.).

II. Belirsiz Alacak Davasının Uygulama Sahası

A. Giriş

Belirsiz bir alacak davası bilhassa belirlemenin mümkün olmamasının veya zor olmasının nedeninin farklılaştığı üç değişik durumun bir araya gelmesiyle söz konusu olur:

- İlk davalının verdiği bilgilendirme üzerine dava konusu tutarının gösterilmesinin mümkün olduğu alacak davası (anılan ismiyle kademeli/terditli dava); Burada davalı maddi hukuksal bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir ve bu nedenden dolayı davacı tarafın iddia ettiği hakkını/alacağın tutarını belirlemesinin kendisinden beklenemeyeceği bir imkansızlık bulunmaktadır.
- Kapsamına ve durumuna göre ilk olarak delillerin sunulmasından sonra değerlendirmenin yapılacağı davalardaki belirsiz talepler. Davanın açılışındaki belirsizlik, burada ilk delil aşamasıyla ortaya çıkacak davacı taraf bilgi eksikliğine dayanmaktadır.
- Mahkeme kararının alacağın kapsamını öngöremediği durumlarda belirlemenin yapılamayacağı alacak davaları. Tartışmanın temelinde Borçlar Kanunu m. 47'ye göre manevi tazminat davalarındaki belirlemeler gibi ve de Borçlar Kanunu 42 fıkra 2'ye göre mahkemenin zararının “halin olağan cerayarı dikkate alınmakla takdire göre” değerlendirildiği takdir kararları bulunur.

İlk iki şekil eski ve yeni hukuka göre belirsiz alacak davasının ihtilafsız uygulama alanındadır. Yeni hukuka göre bunların caiz olmaları Usul Kanunu madde 85 fıkra 2'deki ifadedden, davacıyı alacaklının en geç delil aşamasının bitmesinden sonra veya bilginin verilmesinden sonra alacağını belirleyebileceği noktaya kadar hareketsiz kalacağı düzenlemesinden çıkarmaktayız. Benzer düzenlemeleri kanton hukuklarında (z.B. Art. 65 Abs. 2 ZPO SG; § 61 Abs. 2 ZPO ZH)⁶ ve patent hukukunda (Art. 73 Abs. 2 PatG) da görmektedir.

6 Kanton düzenlemeeri için bkz. LEUMANN LIEBSTER, S. 52 ff. Çoğu kanton düzenlemeleri ispat aşamasının sonuçlanmasına göre tutarın gösterilebildiği belirsiz alacak davası ile ilgilidir. Yazar tarafından tasarlanan Glarner ZPO sadece terditli davayla ilişkilendirilir (Art. 74 ZPO GL). Solothurn ve Obwalden kantonları hakimın takdirine göre tespit edilen alacaklar için belirsiz alacak davasına caiziyet vermektedir (§ 130 ZPO SO; Art. 120 ZPO OW).

Buna karşın tartışılmış olan ve tartışılmakta olan, hakimın takdiri ile belirlemenin mümkün olduğu belirsiz alacak davalarındaki hakların belirsiz alacak davasını caiz yapıp yapamayacağı (bu durumda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı) hususudur (burada II. D başlığına bakınız).

B. Terditli Dava

Belirsiz alacak davasının ihtilafsız ve pratikteki anlamıyla uygulama alanı öncelikle terditli davadır.⁷

Davanın bu formunda davacı taraf alacağını belirleyemez, zira davalı tarafın ne üzerinde tasarruf ettiği bilgi eksiktir ve bu bilgi davalı tarafça kendiliğinden maddi hukuksal bilgi edinme hakkına dayanan davacı tarafın tasarrufuna sunulmak zorundaydı. Davacı aynı yargılamada iki hakkını ileri sürer: Maddi hukuksal bilgilendirme hakkını ve bir alacak davasını. Mahkeme öncelikle ilk anılan dava (hak) hakkında karar verir. Doğru bulunmasından sonra mahkeme davacı tarafa alacak davasının ifa gibi⁸ talep sonucunu belirlemesi için süre verir.

C. Delil Yargılamasından Sonra Belirlemenin Mümkün Olduğu Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davası davacının davasını açarken olayın unsurlarını tanımadığı ve zararın miktarını bilemeyeceği olaylar herşeyden önce sözleşmesel veya sözleşme dışı sorumluluğa uygun uygulama alanı için uygundur. Muhtemel ispat yargılaması bu hususta bilgi verecektir.⁹

Sakatlığın (iş kazası sonucu) kapsamı hakkında veya başkaca önemli bir meselenin ilk kez bilirkişi tarafından açıklığa kavuşturulacak olması olayı¹⁰ veya ilk kez davalı tarafça yayınlanacak bir belge veya dökümanda

7 BGE 123 III 140; BGE 116 II 351; BGE 116 II 215; ZR 104 (2005), 317; ZR 91 (1992), 249; VOGEL, S. 62 ff.; LEUMANN LIEBSTER, S. 1 ff.

8 Davalı taraf ifayı reddederse, Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre davacı tarafa yaklaşık bir ikame değer verilir, BGE 123 III 140 E. 2c S. 143.

9 Krş. Sorumluluk olayı RBOG 1997, Nr. 43, 203'de, orada belirsiz alacak davasına caiziyet reddedilmiştir. (buna karşı başvuru istinafta Alman Federal Mahkemesi tarafından 24 Şubat 1998'de ret kararı verilmiştir). Devam olarak bakınız ZR 91(1992), 249; burada ticaret mahkemesi ispat aşamasından sonra talep sonucunun belirlendiği belirsiz alacak davası temeli caiz olarak görülmüştür, halbuki somut olayda davacı taraf terditli davaya dikkat çekmişti.

10 Alman hukuku için bkz. Recht BACHER, 39. Bölüm Kenar notu 7; BECKER-EBERHARD, kenar notu 122 devam eden alıntılarla.

gösterilecek ve hangi ölçülerde davalının üretiminin zarar verme potansiyelini taşıdığının bilindiği üretim sorumluluğu olayları akla gelebilecek olaylardır.

Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2'ye göre mahkemenin takdirine göre zararın karşılandığı olaylar da sıkça söz konusu olmaktadır (burada II. D'ye bakınız).

Devamda duruma göre davacının ispat yargılaması sonucuna göre terditli dava veya belirsiz alacak davası açma hakkına sahip olduğuna da dikkat edilmelidir. Maddi hukuksal bilgi edinme hakkının yerine davacı taraf koşullara göre ispat aşaması için zorunlu bilgileri de (özellikle belgelerin basımı ve tanıkların dinlenmesi) sağlayabilir.

D. Hakimin Takdirine Göre Hakkın Tespitinde Belirsiz Alacak Davası

1. İsviçrede Tartışma Durumu

a. Eski Hukukta Tartışma Durumu

Eski hukukta çoktandır mahkemenin takdirine bağlı olarak hakkın tespit edildiği, bu nedenle tam bir talep sonucu belirlemesinin yapılamadığı durumlarda belirsiz alacak davasının caiziyeti tartışmalıdır.

Federal Alman Mahkemesi uBzun yıllara yayılan hukuk uygulamasında biraz evvel değindiğimiz terditli davayı ve ilk belirlemenin (talep sonucunun) ispat aşamasıyla mümkün olduğu olaylarda yazılı olmayan federal hukuka açık bir şekilde dayanarak belirsiz alacak davasını tanımaktadır.¹¹ Ayrıca federal mahkeme federal hukukun belirsiz bir form içinde açıkça caiziyetini düzenlemediği, bilakis genel olarak davacının alacağın miktarını tam olarak belirlemesinin mümkün olmadığı durumlarda da açıkça belirsiz alacak davasını kabul eder.¹² Bu nedenle kanton hukukları bu durumlarda belirsiz alacak davasını kanton usul kanunlarında düzenlenmiş olup olmadıklarına bakmaksızın caiz görür.¹³

Federal mahkeme takdir kararlarında olay ile hukuki sonuç takdiri arasında ayırım yapmaktadır. İlk durumu kanton hukukları caiz görürken,

11 BGE 123 III 140; 116 II 215; 112 Ib 334.

12 BGE 116 II 215 E. 4a S. 219; BGE 121 III 249 E. 2b S. 251.

13 Federal mahkeme bunu federal medeni hukukun ikame gücüyle kurmuştur. En azından bu olaylarda belirsiz alacak davasını öngörmeyen bir kantolank hukuk etkin hukuki koruma ilkesinidoğrudan ve böylelikle dolaylı olarak federal medeni hukuku yaralar. Bu konuda daha fazlası için bkz. Isaak Meier, Privatrecht und Prozessrecht, S. 21.

son durumda kanton hukukları serbestçe bir belirlemeyi talep etmektedir. (BGE 131 III 243). Genel bir belirsiz alacak davası örneğin Solothurner ve Obwaldner Usul Kanunlarında öngörülmektedir (§130 ZPO SO; Art. 120 ZPO OW). Bu yaklaşım ağırlıklı olarak öğretilde de kabul edilmektedir.¹⁴

Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2'ye göre hakimın takdirine bağılı tazminat davaları olayları için federal mahkemenin görüşü belirsiz, özellikle çok yanlış anlaşılmaktaydı. Belirleyici kararında (BGE 116 II 215 E. 4a S. 219) ilk olarak kelimesi kelimesine şöyle ifade edilmiştir: “...Kanton hukuku belirsiz alacak davasını federal mahkeme açık bir şekilde öngörmüşya da hakime takdir yetkisi vermişse...söz konusu olacaktır (..madde 42 fıkra 2 İsviçre Borçlar Kanunu)”. Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2 için ek olarak şu ifadelerle hemen bir bağlantı kurulması gereklidir: “*En azından hakim takdirinin bazı olaylarında federal hukuk yalnızca alacağın maddi sunumuna yönelik isteklerini sınırlar, buna karşılık kanton hukukları şekli nedenlerden dolayı dava edilen alacağın bir çerçeve ölçüsünde belirtilmesinin talep edilmesi imkanı vermez. (...)*”¹⁵

Bu ifade iki yoruma izin vermektedir: ya federal mahkeme kantonların davanın sunulmasında sıkı olmayan talepler ileri sürebileceklerini bununla birlikte belirli bir dava dilekçesi sunumunu istediğini düşünmektedir ya da kantonlara da alacağın belirlenmesi şartını yasaklamaktadır. Caiz olan “çerçevesi ölçüsünde belirleme” Usul Kanunu madde 85 fıkra 1'e kıyasen sadece asgari tutarın bir türü olarak anlaşılmalıdır. Son anılan yorum için federal mahkeme BGE 131 III 243 kararında Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2'nin olaylarında açık şekilde anılan hukuki sonuç ölçüsünde kantonlara bir dilekçenin talep edilmesi yetkisini sınırlar.¹⁶

Hakim öğreti eski hukuk adı altında hatta federal mahkeme çerçevesinde federal hukuktan dolayı Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2'nin belirsiz alacak davasının bir uygulama durumu olduğunu kabul eder.¹⁷ Zürih uygulaması federal mahkemeye karşılık bu olaylarda davanın

14 A.A. özellikle. LOOSLI, S. 73 (Özet); hatta ilgi Art. 336a OR: STREIFF/VON KAENEL, Art. 336a Rn 6; VISCHER, 245 Fn 102.

15 Sunuma yönelik madde 42 fıkra 2 OR özellikle FELLMANN, Substanziiierung und Beweis, 35 ff. Bazı literatürlerde federal mahkeme uygulaması, Borçlar Kanunu m.42 fıkra 2'de belirsiz alacak davasının talep edilmediği hususuna işaret edilmeden zikredilir.

16 Kelime olarak şu kastedilir (BGE 131 III 243 E. 5.2 S. 247): “(kastedilen: hukuki sonuç ölçüsünün olaylarında) Söz konusu olan Borçlar Kanunu 42 fıkra 2'deki gibi somut olay tespitiyle ilgili bir ölçü değildir.”

17 VOGEL, S. 59; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 7. KAP. RN63; ebenso FRANK/STRÄULI/MESSMER,

konusunun belirtilmesini yasaklamayı istemeyeceği yorumu yapar. Buna uygun olarak Zürih uygulaması taraflardan aynı zamanda bir belirtilme (ve asgari veya azami bir değerin) ister.¹⁸

b. Yeni Hukukta Düşünce Durumu

Yeni hukuka ilişkin literatürde şimdiye kadarki tartışmalar az veya çok üzerinde kafa yorulmadan aktarılır. Öncesinde olduğu gibi sonra -Usul Kanunu madde 85 yanında açıkça tanınan olaylarda- Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2 olayları belirsiz alacak davası olarak adlandırılır.

Hukuki sonuç ölçüsü olaylarında belirsiz alacak davası caiziyeti sorunu öğretide önce olduğu gibi sonra da çekişmelidir. Bu soruya federal mahkeme bugüne kadar cevap vermedi. Federal mahkeme (eski hukuka göre) yalnızca federal hukuk olarak kantonal usul hukukunun belirleme talebini kusurlu bulmadı. (BGE 131 III 243 E. 5.3 S. 248). Böylelikle ama hukuki sonuç ölçüsü olaylarında belirsiz alacak davasının tasarruf ilkesine aykırı olduğu, bu kapsamda caiz olmadığı hiç söylenmedi. Federal mahkeme bununla ilgili usul hukukunun donanımını kantonların kararına bıraktı. Yeni hukuka göre bundan dolayı öncesinde olduğu gibi sonrasında da hukuki sonuç ölçüsü olaylarında belirsiz alacak davasının caiz olmadığı savunuldu.¹⁹ Bunun üzerine (bununla birlikte) bu olaylarda da belirsiz alacak davasının caiz olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin sesler yükseldi.²⁰ Bu özellikle hakimın takdirinde olması sebebiyle (tutarı) belirtilemeyen alacaklar için kabul edilecektir. Bu ölçünün olaya veya hukuki sonuca yönelik ölçüsünde olup olmaması önemli değildir.²¹ Yeni

§ 61 Rn 25a; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 157 Rn 3.a.; EDELMANN, Rn 2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar ZPO SG, Art. 65 Rn 3a.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 Rn 7.; krş. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 223.

18 ZR 103 (2004), 289.

19 So etwa COURVOISIER, Rn 5; KLETT, S. 77; LEUENBERGER, Rn 35; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rn 6.15; MOHS, Rn 5; STREIFF/VON KAENEL /RUDOLPH, Art. 336a Rn 6, federal hukukun OR m.336a maddesine göre davalar için belirsiz alacak davası caiziyet verilmek zorunda olduğu, ancak usul Kanunu m.85 f.1'in hukuki sonuç ölçüsü olaylarında uygulanabilir olmadığı ve masraf paylaşımının Usul Kanunu m.107 f.1 lit a'ya dayandırılması gerektiği ortaya konulmalıdır. PORTMANN, Rn 5, bu yazar belirsiz alacak davasının hukuki sonuç ölçüsüne göre düzenlenmiş olmadığını, ama m. 336a'ya göre davalarda belirsiz hukuki taleplerin caiz olduğu fikrinden hareket eder.

20 FÜLLEMANN, Rn 7 f. m.w.H.; FREI/WILLISEGGER, N 6; GASSER/RICKLI, Art. 85 Rn 3; LANDOLT, S. 51 f., kelime olarak "belirsiz manevi tazminat davası" nı kullanır ve fakat kısmi belirlemenin mümkün ve tahmin edilebilir olmasından hareket eder." MILANI, S. 63;; SUTTER-SOMM, N 535.

21 FÜLLEMANN, Rn 7 f.

yargısal kararlar yüksek hukuksal hükme şüphesiz ulaşmak adına bu düşünceyi takip edecek gibi görünüyor²².

2. Almanya'da Tartışma Durumu

Almanya'da belirsiz alacak davası bir yüzyıldan fazladır tanınmaktadır²³. Herkesçe kabul edilen uygulama alanına terditli dava ile ilk delillerin kabulünden sonra belirlemenin (talep sonucunun) mümkün olduğu olaylar sadece değil, bilakis herşeyden evvel Alman Usul Kanunu m. 287'ye göre yargısal tazminat olayları (Borçlar Kanunu madde 42 fıkra 2'ye benzer) ve de Medeni Kanun m. 847'ya göre manevi tazminat talepleri gibi hakkaniyete göre alacağın tespit edildiği olaylar da girmektedir²⁴. Bariz bir şekilde ilgili sayıca çok fazla dava son anılan uygulama alanı ile ilgilidir.

Bugün şiddetli bir şekilde, belirsiz alacak davası için kapsamlı bir düzenlemenin yapıp yapılmayacağı, özellikle bir çerçevenin belirlenip belirlenmemesi gerektiği ve ayrıca mahkemenin bunlara bağlı olup olmayacağı, bağlı olacaksa nasıl bağlı olacağı tartışılmaktadır (burada VI A'ya bakınız).

3. Öğreti ve Uygulamanın Açıklamaları

a. “Hukuki sonuç ölçüsü” ile kararlarının ve Borçlar Kanunu 42 fıkra 2'ye göre “Vakıanın unsurları ölçüsü” kararlarının olaylarının farklılığı

“Hukuki sonuç ölçüsü” kararlarının ve Borçlar Kanunu m. 42 f.2'ye göre tazminat taleplerinin olayları farklılığın dayanaklarına göre federal mahkeme aşağıdaki gibi bir ayırım yapar:

Borçlar Kanunu m.336a fıkra 2'ye göre iş ilişkisinin haksız feshinde zararın tespiti ve manevi tazminatın tespiti olaylarında federal mahkemeye göre evvelden söylediğimiz gibi “hukuki sonuç ölçüsüyle” kararlar verilmektedir. Bu, Borçlar Kanunu m.336a fıkra 2'ye göre unsur vakıaların

22 Krş. Zürih Kantonu Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı Nr: LB110063 (21.09.2011). İlk derece mahkemesinde manevi taminat hakkında davacı 1 için (asgari değer 100.000 Fr), davacı 2 için (asgari değer 40.000 Fr) ve davacı 3 için (asgarii değer 20.000 Fr) karar verdi. Birinci ve ikinci davalar için bölge mahkemesine başvuruldu. Dava 3 için görev hususundaki eksiklikten dolayı hüküm verilmedi. Yüksek eyalet mahkemesi görev eksikliğinden dolayı hüküm verilmeme kararını doğru buldu.

23 RÖTTGER, S. 368 1883 tarihli imparatorluk kararına işaret ederek, RGZ 10, 355.

24 Bir çoğu yerine BACHER, 39. Kap. Rn 7.; BECKER-EBERHARD, Rn 122; FOERSTE, Rn 34 ff.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39 ff. ve çok fazla sayıda literatürdeki belirtiler.

yanlızca haksız bir fesih ve işçi için feshin sonuçları gibi koşullarından oluştuğu düşüncesine dayanmaktadır. Koşulların yorumlanması ve zararın tespiti sadece bir hukuki sonuç olarak görünmektedir. Bu kapsamda işçi bu olaylarda belirli bir alacağa değil, bilakis yanılcza uygun bir zararın tazmini hakkına sahiptir. Manevi tazminat için kıyar uygundur. Olayın unsurları ise, burada bir adamın öldürölmesi veya yaralama ve bunun gibi manevi tazminatın miktarını etkileyen olay kapsamına dahil olan herşeydir. Manevi taminatın tespiti bu durumda kesin (tam, gerçek) bir hukuki sonuçtur. Burada maddi hukuksal manevi tazminat alacağının belirli bir miktara değil, bilakis yanılcza takdire göre belirli bir miktara yöneldiğı söylenebilir,

Borçlar Kanunu m. 42 f.2'ye göre takdire bağılı zararın tazmininde, zarar gören bir hakla karşılaştırıldığında teorik olarak önceden belirlenmiş belirli bir zararın tazmini bulunur. Zarar görende gerçekleşen etkili zararın miktarı ne kadar büyük olsa, hatta mahkemeye büyük bir takdir alanı verilmiş olsa bile toplamda sorun bir olay unsurları sorusu olarak görülür. Bu takdir kararı hukuk uygulamasının sorusu değildir, bilakis doğmatik anlamda bir delil değerdendirilmesi sorusu olarak görülür. Normal delil değerdendirilmelerine karşın Borçlar Kanunu m.42 f.2'de kanun koyucunun önemli bir ispat ölçütü daraltımı yaptığı özellik bulunmaktadır. Mahkeme hukuken önemli olayların gerçekleştiğine ikna olmuşsa ve hatta bunun için ikna eden belirli noktalar oluşmuşsa, deliller ilk olarak ileri sürölmeyecektir. Bu delil değerdendirilmesinde nasılsa epeydir oluşmuş takdirini sonsuza kadar artırır. Böylece mahkeme örneğın yüzün başka bir şekilde getirilmesi (bozulması) dolayısıyla bir kişinin evlenme şansının azaltılmasına neden olan zararları değerdendirir.²⁵

Kanımcza bu olaylarda hukuki sonuç takdiri ile olayın unsur takdiri arasındaki farkı çok yapmacık etkiler ve daha ayrıntılı bir incelemeye karşı koyamaz. Bu (tamamen) yaralı birinin manevi tazminat alacaklarında da teorik olarak maddi haksızlığın etkisine göre belirlenen belirli bir alacağa sahip olmasında görülür. Bunun anlamı esas olarak burada bir olay unsur sorusu, yani bu haksızlığın nasıl ölçöldüğü sorusu söz konusudur. Bu haksızlığın çok zor anlaşılabilir psikolojik vakıalara bağılı olması buna engel değildir. Hukuken subjektif - kişisel alacak şartları (tabii ki) tıpkı olay sorusu gibi görünürler, "ölçölebilir" koşulların ifade edilmesi gibi, bir kişinin sakatlığının kapsamı gibi.

25 BGE 33 II 124; BGE 81 II 512.

Kanımızca esas alınabilecek açık pratik bir fark bulunmaktadır, hukuki sonuç ölçüsünde daima ve her zaman belirlemenin (talep sonucunun) delil aşamasının yapılmasından sonra da gerekli olmadığı, zira mahkemenin kararı verirken delilleri takdirine göre ilk olarak değerlendirdiği olaylar söz konusudur. Borçlar Kanunu m. 42, f. 2 olaylarında buna karşın özellikle sorunu çözen hükme yönelik sorular için bir mahkeme bilirkişisi atandıysa belirleme (talep sonucu) tahmin edilebilir.

b. Olay Unsur Ölçüsü Ve Hukuki Sonuç Ölçüsü Kararlarında Belirsiz Alacak Davasının Caiziyeti İçin İkna Edici Gerekçelerin Ortaya Konulması

İkna edici gerekçeler belirsiz alacak davasının hakimın takdirine göre alacağın veya zararın tespitine izin verilmesini ifade etmektedir.

Öncelikle Borçlar Kanunu m. 42, f. 2 ile ilgili olaylarda, ortaya konulduğu gibi sonradan belirleme (talep sonucunun) delil aşamasından sonra daha sıkça mümkündür. Böylece bu olaylar açık bir ifadeyle benzer olaylardan bahseden Usul Kanunu m. 85'deki ifade kapsamına girmektedir.²⁶

Kanımızca delil aşamasından sonra belirlemenin yapıldığı veya hüküm verilmezden evveki ileri bir yargılama aşaması olaylarında (hukuki sonuç ölçüsünde) belirsiz alacak davası açmak mümkün değildir.

Doğmatik bakış açısında hukuki sonuç ölçüsü ile olay unsur ölçüsü olaylarında kesinlikle fark bulunmadığı sezinlenmektedir. Hakim öğreti ve federal mahkeme belirsiz alacak davasını olay unsur ölçüsüne caiz vermek istiyorsa, bunu hukuki sonuç ölçüsü olayları için de uygun görmek zorundadır.

Caiziyet için objektif fikirler de ama ortaya konulmalıdır. Burada tartışılmakta olan olaylarda hakim kararı kapsamlı tahmin edilemez, bilakis mahkeme uygulamasından ve öğretilerden dolayı en fazla ayrıntıya girmeksizin -yüzeysel- değerlendirilebilir. Burada genel olarak belirsiz bir alacak davasına caiziyetin zorunlu olup olmadığı sorulabilir²⁷. Yeni Usul Kanununda federal kanun koyucu gibi kanun koyucu halbuki caiziyete karar verirse, özellikle bu olaylarda da belirsiz alacak davasını tanımak zorundadır. Yazar için bu olaylarda yargılamanın sonucu hakkında

26 OR m. 42 f. 2'de ön tasarı raporunda -bildirime aykırı- açık ve uygulama örneği olarak belirsiz alacak davasından bahseder. (Bericht Vorentwurf, S. 43).

27 Yazar tezinde belirsiz alacak davası caiziyet zorunluluğunu belirlemenin her zaman ve her hangi bir şekilde yapılabilmesi dolayısıyla reddeder. MEIER, lura novit curia, 42 f.

ISAAC
MEIER'İN
TEBLİĞİ

belirsizliğin yetersiz (az) olmaması, bilakis terditli dava gibi belirsiz alacak davasının geleneksel uygulamasından daha yüksek olması sorusu konu dışıdır. Yüzeysel bir değerlendirme şüphesiz sadece hakimın takdir kararlarında değil, bilakis diğer başkaca durumlarda da gerekli olabilir.²⁸ Şayet halihazırda belirsiz bir alacak davasının yüzeysel bir değerlendirilmesi imkanı aykırılık taşımaktaysa, o zaman belirsiz alacak davası tamamen reddedilmek zorundadır.

Usul Kanunu m.85'te açıkça düzenlenen olaylara karşın takdire dayanan kararlarda yargılama süresince sonradan verilen dilekçe sunumu alacağın miktarının ilk defa hükümle tespit edildiği durumlarda gerekli değildir. Bu durum halbuki belirsiz bir alacak davasına engel değildir. Özellikle ilk defa delil aşamasının sona ermesinden sonra sonradan sunulan talepler davalı tarafa çok az yardımcı olur, zira bu noktaya kadar bütün hükümler incelenmiş ve bütün masraflar hali hazırda yapılmıştır. Davacının yargılamanın bitmesinden kısa süre evvel sonradan belirlenme yapmasına caiziyet verilmesi davacı tarafa dürüst olmayan bir durumu ortaya çıkarır, davacı taraf böylelikle dilekçesiyle davayı tamamen kazanma durumunda bütün masraf risklerinin tarafından alınması beklentisi içindedir. Söylenildiği gibi hakim düşünce davalı tarafın geniş bir masraf yükümlülüğünden bahseder, şayet davacı taraf sonradan talep ettiği (belirlediği) sonuca ulaşacak olursa. Bu aşamada bir belirleme (talep sonucunun) kural olarak daima risikosuzluğu gerektirir, çünkü bundan böyle karar veren bir bilirkişi raporu sunulacaktır ve bunun üzerine mahkeme çoğu durumda bir veya daha fazla sulh duruşmalarıyla düşüncesini ortaya koyacaktır.

4. Ara Sonuç

Belirsiz alacak davası sadece terditli davada veya bunun gibi ilk defa ispat aşamasından sonra belirlenen (talep sonucunun) davalarda değil, bilakis hakimın takdirine bırakılan tespitlerin yer aldığı alacaklarda da söz konusu olacaktır. (Manevi tazminat alacağı, Borçlar kanunu m. 42, f. 2'ye göre takdire göre tespit edilen tazminat davaları, bu davalarda zarar değerlendirilmesinin halihazırda ispat aşamasından sonra mümkün olup olmadığına bakılmaksızın).

28 Yazar avukat olarak kendi tecünelerinden dolayı davacının şüphesiz terditli davada çoğu zaman hangi hakların kendisine verildiğini öngörebileceğini bilir.

III. Belirsiz Alacak Davasında Masraf Paylaşımı Problemi

1. Silahların Eşitliği İlkesi İle Anlayışın Uyumsuzluğu

Şimdi belirsiz alacak davasında masraf paylaşımı ile uğraşmaya başlayalım. Yukarıda gördüğümüz gibi belirsiz alacak davası bir masraf paylaşımı vasıtasıdır. Davacı böylelikle öngörülemeyen mahkeme kararları olaylarında belirli bir dilekçe sunumuyla yüklenmek zorunda kalacağı masraf riskinden korunabilmektedir. Hakim öğretiye göre davacı taraf -söylendiği gibi- mahkemenin davayı uygun bulması durumunda özellikle sonradan belirlemeyi talep ettiği taleplerini knarşılandığı durumlarda masrafları taşımak zorunda değildir.

Yakın düşünceler göstermektedir ki, bu anlayış savunulabilir değildir. Bir yargılamada iki eşit hukuki konumun, yani karşılıklı bulunan ve yargılamada mutlak surette eşit davranılması gereken davacı ile davalı tarafa ilişkin bu masraf paylaşımı yanlış değerlendirilmektedir. Tarafların silahlarının eşitliği ilkesi, usul hukukunun önemli anayasal ölçülerde bir ilkedir. (Art. 29 Abs. 2 BV).

Belirsiz alacak davasında geleneksel masraf paylaşımı, belirleme yapılamayan alacaklarda davalı tarafa tamamen yükleyerek davacı tarafı masraf riskinden kurtarır! Davalı taraf bu görüşe göre davacı tarafın hangi ölçüde kazandığına bakılmaksızın toplam masrafları taşımak zorundadır. Bu çözüm kanunla uyumlu değildir. Davalı taraf belirsiz alacak davasında davacı tarafla eşit durumdadır. Davalı taraf da bu olaylarda davacı tarafa ne kadar borçlu olduğunu bilmiyordur. Şayet davalı taraf da çok fazla ödemeye razı olmaz ise, bundan dolayı öngörülemeyen alacaklarda kendisine başkaca bir şey kalmayacağından geri kalan kısma yönelik o kısmın yargılamaya getirilmesine izin vermeli ve davayı tamamen çekişmeli hale getirmelidir.

2. Silahların Eşitliği İlkesi Teminatına Yönelik Tedbirler ve Çözüm Denklemi

Silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesine yönelik aşağıdaki tedbir ve çözüm yöntemleri sunulmaktadır:

Davalı Taraf İçin De Belirsiz Dilekçe Sunulması İmkânı:

Davacı taraf bu olaylarda belirli bir istemle dilekçe sunulmasından feragat etme ve bunun yerine hukuken borç doğuran bir dava açma imkanına sahipse, davalı tarafa da şu cümlelerle belirsiz bir alacak davası açma hakkı verilmek zorundadır; *mahkeme tarafından dava konusunun*

haklı olmayacağına değerlendirileceği dilekçe kapsam olarak reddedilmelidir” Farklı şekilde sunulmamış ise davanın reddi dilekçesi bu şekilde anlaşılması durumunda davalı taraf belirsiz alacak davasında dürüst bir şekilde kaybeder. Bu kapsamda iki belirsiz dilekçe ortaya konulacak olursa, davanın mahkeme tarafından uygun bulunduğu durumlarda her iki taraf daima kazanmış olur. Böylece açıklığa kavuşur ki bu durumların bir araya gelmesiyle her iki taraf masrafları yarı yarıya paylaşır.

Hakim öğretiyeye göre belirsiz alacak davasında kaybetme ve kazanma anlayışının arkasındaki sorular:

Daha evvel söylendiği gibi hakim düşünce belirsiz alacak davasında davacı tarafın hükmedilen miktara bağlı olmayarak davanın temelinde geniş kapsamda davayı kazanacağını -şayet dava kesinlikle korunacaksa- kabul eder. (I. C). Bu düşüncenin doğru olup olmadığı kanımızca çok tartışılır. Davanın kazanılmasına veya kaybedilmesine göre tamamen paylaşma her iki tarafın davanın başında belirli bir dilekçe sunmaları durumunda mümkün olacaktır. Belirli bir dilekçe sunumunda bu eksiğe, neye göre kazanmanın veya kaybetmenin ölçüleceği ve böylelikle masraf paylaşımı bağlantısı yapılacak hiç bir şey bulunmaz. Bunun anlamı belirli bir dilekçe sunumundan feragat etmekle taraflar geleneksel masraf paylaşımı sisteminin dışında bulunur. Şayet bir sapmanın talep edileceği (Ölçüye göre masraf paylaşımı, Usul Kanunu madde 107’ye bakınız) istisnai özel durumlar bulunmamağıysa, masraflar böylelikle yarı yarıya bölüştürülür.

Usul Kanunu madde 107 fıkra 1 c.1’e göre belirsiz alacak davasında takdire göre paylaşılma:

Nihayet silahların eşitliğine uygun bir çözüme, özel durumların sunulmasından dolayı belirsiz alacak davasında masrafların takdire göre paylaşılması yoluyla ulaşılabilecektir. Eşitlik ilkesine göre bir tek uygun çözüm ise, belirsiz alacak davasında masrafların her iki tarafa eşit kısımlarla yükletilmesidir. Bunun anlamı mahkeme masrafları bölüştürülecektir ve taraf zararları eşit yüklenecektir. Bu temel ilkeden -terditli davalardaki kural gibi- alacak miktarı hakkında belirsizliğin sadece bir taraf için olduğu veya Kanunda anılan başkaca gerekçelerin ortaya konulması olaylarında ayrılacaktır. (krş.madde 107 ZPO).

Sonda anılan bu çözüm en kolayıdır; ilk anılan ise oysa en ikna edicidir, zira bu düşünce silahların eşitliği ilkesini doğrudan düzenlemekte ve bir yargılamada sadece davacının değil, bilakis davalının da dilekçe

sunabilmesine ve sunmak zorunda kalmasına ve uygun şekilde bu olaylarda belirsiz dilekçe sunumuna göre bir ihtiyacın oluşması durumuna açıklık getirmektedir.

Bütün bu yorumlamalar ilk bakışta sadece ilk defa hakimın takdirini kullanmasıyla tespit edilecek olan alacağın yargılama devam ederken belirlenemiyor olduğu olaylar içinmiş gibi görünmektedir. Bu doğru değildir. İspat yargılamasının yapılmasından sonra, yani yargılamanın sona ermesinden az evvel yapılacak bir belirleme davalı bakış açısından fiilen belirlemenin kesinlikle yeterli olmadığı olaylarda tarafları eşit konuma getirir. Sonunda yargılamanın sonundan kısa süre evvel gerçekleşecek belirleme tasarruf ilkesini şekli anlamda yerine getirilmesine ve sonradan sunulan dilekçe esas alınarak yargılama masraflarının geriye yönelik olarak eskisinden farklı paylaşılmasına ulaşılmayı sağlayacak usuli bir hokkabazlıktan başka bir şey değildir. Yargılamanın başında belirli bir dilekçe sunumu yeterli ve böylelikle yargılamanın sona ermesi her iki taraf için aynı oranda belirsiz ise, kazanmaya veya kaybetmeye göre masrafların paylaşılması sadece barışçıl bir çözümdür. Belirleme ilk defa sonradan yapılırsa, belirlemeden evvelki tarafların bazı masrafları belirsiz dilekçe sunumuna uygun olarak barışçıl yolla temel ilkeye göre hesaplanmalıdır. Belirleme zamanında hali hazırdaki bazı masrafların yapılması zorunlu ise, bu olaylarda yargılama masrafları da esas olarak paylaşılmalıdır.

Yazar bu bilgiyi soru kapsamına alınmamış olsa bile belirsiz alacak davasıyla mümkün mertebe ilişkilendirilebileceğinin farkındadır. Bu dava şekli -söylendiği gibi- masraf riskini davacı taraf için azaltma asıl amacını çok sınırlı kapsamda sadece ulaşabilecektir. Davacı böylelikle daha fazlasına değil ve fakat masrafların yarısından daha az olmamak üzere masrafları taşımak zorunda olacağı konusunda kural olarak güvence altında olacaktır.

IV. Asgari Değerin Anlamı

A. Problem Durumu Ve Şimdiye Kadarki Hukuki Durum

Belirsiz alacak davası gibi belirleme yapmayan dilekçenin bir düzenlemenin, bir asgari veya azami tutarın, bir çerçeve dilekçesinin bildirimleriyle bağlı olmak zorunda olup olmadığı ve bu türden bilgilerin hangi anlam taşıdığı sorusu da eskidir.

İsviçre'de şimdiye kadar belirsiz alacak davasının caiz olduğu, dilekçede alacağın tutarı hakkında ek bildirimlerin zorunlu olmadığı

düşüncesi hakimdi.²⁹ Uygulamada benim bilgime göre davacının dilekçeyi vermesiyle davalı CHF X'i geçen bir miktarı tanımak zorunlu olduğu izlenimi doğmaktadır. Bu bildirim benim öngörüme göre tıpkı dava konusunun görevin ve nihayet uygulanan yargılamanın belirlenmesine yönelik zaten zorunlu olması gibi sadece dava konusu bilgisi anlamını taşımaktadır.³⁰ Kanton Aargau'da farklı bir durum geçerlidir. Usul Kanunu madde 168 fıkra 2'de kelime olarak: *“davacı burada [alacağın belirlenmesi ifade edilmektedir] bir miktarın tanınmasını hakimnin takdirine sunacak konumunda değildir. O oysaki yüksek bir miktar bildirmek zorundadır”* Mahkeme bu yüksek miktara bağlıdır.³¹ Belirsiz hukuki talep böylelikle sadece belirsiz alacak davası hakkında kurallara göre masraf paylaşımının gerekliliği (burada I. B ve III.) anlamı taşır.³² İspat yargılamasının sona ermesinden sonra, davacı düşük yüksek bir tutarı bildirmiş olsaydı, bunu dava değişikliği ile bildirilmiş olabileceği ortaya çıkardı.³³

Almanya'da karşılaştırılabilir hukuki durumda bu soruya yönelik görüşlerden renkli bir palet (tablo) savunulmaktadır. Bunlardan önemlileri aşağıdadır:

- Federal mahkeme ve öğretide çoğunluk belirsiz alacak davasının caiziyeti için içinde alacağın hareket edebildiği bir “kapsam düzenlemesi” bilgisini talep eder.³⁴ Bazı yazarlar oysaki Federal Yüksek Mahkemenin eski kararlarıyla bağ kurarak bu türden bildirimlerin zorunlu olmadığı düşüncesine sahiptir.³⁵
- Federal Yüksek Mahkemenin düşüncesine göre ve bir kısım öğretiye göre büyük düzenlemenin bildirilmesi esas olarak sadece dava konusunun değerinin tespiti için anlam taşır. Bunun anlamı mahkeme sadece az değil, bilakis sorunsuz şekilde daha fazla da hakkın tanınmasına karar verebilir.³⁶ Bildirim sadece bağlayıcı karakter taşımakta olup, şayet bildirilen kapsamlı düzenlemenin

29 Krş. burada dn. 7'de ifade edilen alıntıya bakınız.

30 Krş. LOOSLI, S. 114 ff.

31 EDELMANN, Rn 2.

32 Aksi halde bu tanımlama pratik anlama sahip olmayacaktır.

33 EDELMANN, Rn 2.

34 BGH NJW 2002, 3769 ve orada eski hükümler ilişkin verilen işaretler; öğreti düşüncesi için DUNZ, S. 1734 ff.; RÖTTGER, S. 368; FOERSTE, Rn 34.

35 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39 ff.

36 BGH NJW 2002, 3769 ve orada eski kısmen ayrıık hükümler için; RÖTTGER, S. 368; FOERSTE, Rn 34.

(oranının) altında kalınmazsa davacı şikayet etmeye uygun durumda değildir ve bu nedenle kanun yoluna başvuruda bulunamaz.³⁷

- Değişik yazarlar ve yargı kararlarının bir kısmı, kapsam düzenlemesinin (oranının) bildirilmesinin sadece vazgeçilemez olmadığını, bilakis mahkemeye içeriğinden karar verebileceği geniş bir alan verdiğini düşünür. Literatürde bu miktar % 20 olarak adlandırılmaktadır ki, mahkeme bildirilen bu oranda büyük oranı azami olarak aşabilecektir.³⁸
- Son olarak Amanyâ'da herşeyden evvel Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi mahkemenin belirsiz alacak davasında da esasen kapsam düzenlemesi (oranı) olarak veya asgari ve ya azami tutar olarak bildirilen miktara bağlı olduğu görüşünü açıkça savundu³⁹. Böylelikle şimdiye kadar olduğu gibi (İsviçre'de) Kanton Aargau'da sadece, ama devamlı surette belirsiz alacak davasının esasına göre masrafların tespitinin gerekliliği belirsiz alacak davasının anlamını oluşturdur (bakınız I. B ve III.).

B. Usul Kanunu madde 85 fıkra 1'e göre "Asgari Tutarın" Anlamı

1. Yasal Düzenlemenin İçeriği

Usul Kanunu madde 85, fıkra 1, cümle 2'ye göre belirsiz alacak davası açmak isteyen taraf asgari bir tutarı göstermek zorundadır, "*bu geçici bir dava konusu olmaya uygun*" olmalıdır. Asgari tutarın anlamı benim bakış açımdan açıkça belirlenmelidir:

Kanun "asgari bir tutar" dan bahsetmesine karşın, açıktır ki, mahkeme bu değeri sadece üzerinde değil, bilakis altında da değerlendirebilecektir.⁴⁰ Bunun anlamı, asgari tutarın en son istenilecek olan davacının ifadesi olarak anlaşılmaması gerektiğidir veya başka şekilde formüle edilecek olursa bu bildirim iddia edilen hak üzerinde tasarruf işlemi değildir. Onun (asgari tutarın) anlamı burada daha çok anılan belirlenmelerin açık bir şekilde ifade edildiği geçici dava konusunun nitelendirilmesini barındırır.

Asgari bir tutar vasıtasıyla tanımlanan geçici dava konusu değeri, her şeyden evvel görevin saptanması ve uygulanacak yargılamanın belirlenmesi

37 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 94 Rn 39.

38 o FOERSTE, Rn 34; vgl. auch RÖTTGER, S. 368 f. ve orada anılan kararlar.

39 Hierzu RÖTTGER, S. 369.

40 BOPP/BESSENICH, Rn 17; OBERHAMMER, Rn 8.

için esas alınacak bir ölçüdür. Bu tutar ayrıca masraf avansının (geçici) tespiti, mahkeme masrafları (m. 98) ve şartlar söz konusu olduysa taraf zararının teminatı için (m. 99) esas oluşturur. Dava konusunun asgari tutardan önemli derecede yüksek veya az olduğu sonradan ortaya çıkarsa masraf avansı ve teminat değiştirilebilir. Görev⁴¹ (Usul Kanunu m. 83, f. 2, cümle 2) ve uygulanacak yargılama usulü bundan etkilenmez⁴². Kesin mahkeme masrafları ve taraf masrafları sonuç olarak gerçek dava konusu değerine göre tespit edilecektir.⁴³

Bu somut olarak aşağıdakiler anlamına gelir: Asgari tutar CHF 25'000.— ise basit yargılama usulü söz konusu olacaktır (Usul Kanunu m.243 f.1). Zürich Kantonunda bunun için tek hakimli mahkeme yetkilidir (§ 22 lit. a Entwurf GOG). Bunun üzerine davacı ispat aşamasının bitmesinden sonra veya davalı tarafın bilgi vermesinden sonra (terditli davada da böyle) CHF 100'000.—, üzerinde tutarı geçen belirli bir dava dilekçesi sunarsa tek hakimli mahkeme olay için yetkili kalmaya devam eder. Aynı mantıkla yüksek dava konusuna rağmen yargılama basit usulde devam edecektir.

Bütünlük sağlansın diye son olarak korunan hukuki taleplere yönelik hükmün kanun yolu için muhafazanın sağlanmasına dikkat edilmek zorundadır. (Usul Kanunu m. 308 f. 2).⁴⁴

2. Yasaya Uygun Yorum

Hakim düşünce Usul Kanunu madde 85 fıkra 1'i takip edip incelemeyen (denemeyen) uygularsa, bu düzenleme silahların eşitliği ilkesi ile uyumlu olmayacaktır. Buna göre davacı asgari bir tutarı kendi

41 Ön tasarıda asıl görevli mahkemeye havale öngörülmektedir. (Art. 75 Abs. 2 VE-ZPO).

42 FÜLLEMANN, Rn 3 (şayet ispat aşamasının sonuçlanmasından sonra belirleme mümkün ise), 6 (vakia takdirinde) ve 8 (hukuki sonuç takdirinde); bu bugünkü zürih hukuk uygulamasında da söz konusudur, krş. Obergerichts Zürich kararı Geschäfts-Nr.: LB110063 vom 21. Oktober 2011. Düşüncedeki formüle etme uygun düşmemektedir 4. 6. Orada öncelikle alacağın belirlenir belirlenmez yargılamanın konusu olarak verilen değer uygun olacağı düşüncesi korunmalıdır. Sonraki cümlede böylelikle uygulanan yargılamanın tespit edileceği anlamı taşır. Füllemann'ın da dayandığı gibi son ifadede yüksek mahkemenin bu düşüncüyü böldüğünden yola çıkılmalıdır. BOPP/BESSENICH, N 18. Gl. Özellikle yargılama türünün devamının, masraf tasarrufunun değişikliği sorusu sonraki belirlemelerde ifade edilmelidir: COURVOISIER, Rn 6 und 11; MOHS, Rn 3f. und Rn 7; SUTTER-SOMM, Rn 532 ve Rn 536.

43 BOPP/BESSENICH, Rn 18; terditli davada dava konusu değerinin belirlenmesi problemine yönelik krş. BOPP/BESSENICH, Rn 20ff. ve MOHS, Rn 7.

44 BOPP/BESSENICH, Rn 18; MOHS, Rn 7.

keyfine göre az veya çok belirleme konusunda yetkili görülmektedir ki, bu asgari değer her halde belirlemenin ispat aşamasında telafi edilmesine kadar yargılamanın türü, görev ve masraf kararı (özellikle masraf kararının tespiti) için çok veya az yargılamanın tamamı için ölçü oluşturur.⁴⁵

Kanımızca bu belirleme silahların eşitliği ilkesi ile ve hatta dava değerinin tespiti ilkesine yönelik genel ilkeye aykırılık oluşturur. Dava konusunun tespiti için genel kurallara göre tarafların bildirimde bulunduğu mahkeme tarafından objektif ilkelere göre bu ortaya konulur. Usul Kanunu madde 91 fıkra 2 kelimesiyle: *“talep belirli bir parasal miktarı ifade etmemekteyse, mahkeme dava konusunu tespit eder, meğer ki taraflar bu hususta anlaşmamış olsunlar veya kendi bildirimleri açıkça yanlış olsun ..”* Benim düşünceme göre bu yolla asgari değer tespiti de ilerleme sağlanabilir. Bunun anlamı: davalı taraf davacının bildirimlerine katılabilir veya başkaca bir değeri ifade edebilir. Davalı davacının bildirimini sessiz kalarak veya açıkça onaylarsa, eğer miktar açıkça yanlış görülmemekteyse bu miktardan yola çıkılmak zorundadır. Bu sonuncusu doğruysa veya taraflar uyuşmamış iseler mahkeme dava konusu olmaya uygun asgari bir tutarı takdirine göre tespit eder.⁴⁶

Ayrıca dikkat edilmelidir ki, davanın azami değeri değilse dava konusu, doğru şekilde bir asgari değer değil, bilakis tahmini etkin bir değerdir (krş. m. 91 vd. ZPO). Kanundaki açık düzenleme açısından Usul Kanunu madde 85'in bu farklılığı oysa ki kabul edilmek zorundadır.

45 Öğretide çoğunluk yalnızca davacının asgari bir tutarı adlandırılması zorunluluğuna işaret eder. Davalı taraf dikkate alınmamıştır ve de hiçbir ölçü kriterinden bahsedilmemiştir. Devamında Bopp/Bessenich hükümde dava konusunun verilen asgari tutardan daha düşük olmaması gerektiğine işaret ederler; zira davalı taraf aksi halde orantısız yüksek asgari tutarın verilmesi durumunda beklentinin dışında yüksek bir masraf riski kararlaştırılacaktır (BOPP/BESSENICH, Rn 17). Ayrıca BOPP/BESSENICH davacının verdiği asgari tutarın açıkça yanlış olduğunu ve Usul Kanunu m. 91 f.2'nin uygulanmasında dava değerini mahkemenin yargılamanın başında kendiliğinden tespit edebileceğine işaret eder (BOPP/BESSENICH, Rn 19).

46 Bazı olaylarda mahkemeler uygulamanın gösterdiği gibi Usul Kanunu m. 81 ve m.91f f.2'nin uygulanmasında asgari değer belirlenecektir. Federal mahkeme bunu az ifade eder. Zira mahkemenin tespit ettiği asgari tutara ve böylelikle yaklaşılacak masraf tasarrufuna karşı şikayet nedeni olarak sadece hukuken, kolayca tekrardan iyileştirilemeyen olumsuzluklar geterebilecektir. (m. 93 f. 1 lit. a BGG). Bunlar özellikle masraf paylaşımının değiştirilmesi açısından çok az ortaya konulacaktır (Urteil des Bundesgerichts 4A_35/2012 vom 9. Februar 2012).

V. Yargılamanın Öngörülmeyen Sona Ermelerinde Dikkate Alınan Diğer Kurumlarla Bağlantı

A. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası, davanın açılmasından evvel maddi hukuksal bir hakkın varlığı veya kapsamının yüksek ihtimalle kesin olmadığı, özellikle açık olmadığı veya en azından bugün için tespit edilemediği durumlarla bağlantısı olan tek kurum değildir.

Bu çıkış noktasıyla bağlantılı kurumlar özellikle:

Usul Kanunu m. 107, f. 1 lit a'ya göre belirli bir dava dilekçesi sunumunda takdire göre masraf paylaşımı;

Dava değişikliği ile gerekli ise bağlantılı kısmi dava;

Usul Kanunu m. 158 f. 2, lit.b'ye göre ihtiyaten delil kabulü.

Bütün bu başkaca kurumlarda belirsiz alacak davası kurumuyla nasıl bir ilişki bulunmaktadır. Burada Usul Kanunu m. 107, f. 1, lit.a ve m. 158, f. 2, lit.b'deki kurallara yakından bakılmalıdır.

B. Beliri Alacak Davasında Takdire Göre Masraf Paylaşımı

“Eğer dava alacak miktarında olmayıp da temelinde doğru değerlendirilmiş ve alacak tutarı mahkemenin takdirine bağlıysa veya alacağın tanımlanması zorsa”, Usul Kanunu madde 107, f. 1, lit a'ya göre mahkeme masraf paylaşımının genel kurallarından ayrılabilir.

Kanun koyucu sorumluluk sigortasına karşı zarar gören kişi tarafından başlatılan zarar gören kişinin alacağın sadece bir kısmına hak sahibi olduğu sorumluluk yargılamasını özellikle düşünmüştür. Belirlemenin yapılması zor ve fazla miktarın dava edilmesine uygun olarak risk yüksek olsaydı, davalı sigortanın bütün masrafları yükümlenmesi için hakkaniyetten bahsedilebilirdi.⁴⁷

47 BOTSCHAFT ZPO, 7297 (eşit olmayan ekonomik güç ilişkileri m. 107 f.1 lit.f altında altlanacağına yönelik uyarıyla);

Onaylama: FISCHER, Rn 5; RÜEGG, Rn 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 Rn 36, kısmi davayla bağlantı içinde masraf riskinin sınırlandırılmasına yönelik yararlı bir vasıtaı ifade eder; SUTTER-SOMM, Rn 656; Buna karşı eleştiri yapılır: JENNY, Rn 6, yazar öncelikle sorumluluk yargılamasında anılan özendirme ilkesine göre yargılama masraflarının genel bir yüklemesi için kanuni bir dayanağın bulunmadığına işaret eder ve ayrıca mahsup yargılamasında terditli davadan feragat etmekle fazla tutardan dava açanın riski taşıyacağı uyarısını yapar; SCHMID, Art. 107 Rn 2, bu yazar bir taraftan haklı olarak fazla dava ölçüsünün belirleyici (önemli) bir etkiyi barındırdığını vurgular ve diğer taraftan

Davalının masraf riskinin azaltılmasına yönelik bu kurum belirsiz alacak davasıyla geniş kapsamda kesişen uygulama alanına sahiptir.⁴⁸ Kanımca biri veya diğerinin özel bir önceliği olmaksızın her iki kurum yanyana bulunur.⁴⁹ Bunun anlamı davacı taraf bir belirsiz alacak davası açmayı veya belirli bir dilekçe sunumuyla tercih etmeyi isteyip istemeyeceğini -şayet Usul Kanunu m. 85, f. 1'deki şartlar oluşmuşsa- tercih edebilir. Son olayda şayet davacı taraf Usul Kanunu m. 107, f. 1, lit a'ya göre masraf indiriminden yararlanmak istiyorsa ona tam kazanmama durumu için dava dilekçesinde halihazırda takdire göre masraf tespitini talep etmesi tavsiye edilir.

Ayrıca tarafların silahlarının eşitliği ilkesine göre masraf riskinin azaltılmasına yönelik bu kurumun geçerliliğinin daraltılmasına da dikkat edilmelidir. Şayet hükümden evvel hak her iki taraf için aynı ölçüde şüpheli ise, belirsizliğin sonuçları her iki tarafa eşit şekilde paylaştırılmak zorundadır. Somut olarak bu şu anlama gelmektedir: mahkeme davanın yaklaşık % 40'nın önceden tahmin edilemediği görüşünde ise, mahkeme bu yüzdeliğe uygun masraf paylaşımını davalının yararına yapabilmelidir; daha doğrusu bunun yarısı, yani % 20'i davalı tarafa yüklenmelidir.⁵⁰ Belirsiz olan durum davacının

bu türden masraf paylaşımının BGE 113 II 323 E. 9c S. 343'e göre uygulamayla uyumlu olmadığını, zira OR m.42 f.2'nin tüm yargılama risklerini içermediğine işaret eder.

48 Bu özellikle sorumluluk hukukunda geçerlidir. Bir taraftan o, Usul Kanunu m. 107 f. 1 lit. A'nın uygulama sahası için asıl örnek olduğunu uyarır. (Botschaft ZPO, 7297). Diğer taraftan OR m. 42 f. 2 OR İsviçre Usul Kanununun Ön Taslak raporunda kendisinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi örnek olarak verilmiştir. (Bericht Vorentwurf, S. 43).

49 Krş. ayrıca OBERHAMMER, Rn 2f., yazar belirsiz alacak davasını temiz bir yol olarak dürüstlük ilkesi gerekçesiyle tercih etmektedir ki, bu iddia kapsamında belirli bir alacak davasının her zaman zorunlu olarak davada kesin olmayandan doğru olmayan iddialara kadar ileri sürülebildiği belirli bir dereceyle gösterilmek zorunda olduğuna işaret eder; ayrıca haklı olarak yazar terditli dava için belirsiz alacak davasından feragatin mümkün olmadığını belirtir. (krş. burada ayrıca dipnot. 50).

50 Terditli davanın açılabilmesi olaylar durumunda öncelikle belirsiz alacak davasının açılması ve belirlenimin ilk olarak ispat aşamasından sonra yapılması tavsiye edilir. Çünkü her kim hesap yargılamasında bir terditli davadan feragat ederse, riski taşımak zorunda olacaktır (JENNY, Rn 6). Bu durum Zürih Yüksek Eyalet Mahkemesinin 11 Ocak 2002 tarihli kararında gösterilmektedir, ZR (101) 2002, 119. İlk derece mahkemesi 92.500 FR değerindeki dava konusu hakkında - ve 10.800 FR ile davacının haklı kabul edildiği- karar verir. Davalı davacıya yeterince açık belgeler vermediğinden ve ispat yargılamasında bazı kusurlu hususlar rapor edildiğinden bölgesel mahkeme yargılama masraflarını her iki tarafa yarı yarıya yüklemiştir ve yargılama zararından bahsetmemiştir. Zürih yüksek eyalet mahkemesi davalının ilk derece mahkemesindeki masraf paylaşımına karşı başvuru istinafi doğru bulur. Ancak Zürih Eyalet Mahkemesi davalının zorunlu belgelerini bölük borchük getirdiği ve de özellikle hiç getirmediği davaya yapılan sunumlara itibar etmedi. Zira davacı talebini (öncelikli belirsiz alacak davası açmak yerine) başlangıçtan itibaren belirlemiş ve ispat aşamasından sonra hukuki taleplerine bilhassa bağlı kalmıştır. Böylece davacı

burada temelde kazanmış olmasıdır, aksi halde yargılamanın sonuçlanmasına göre masraf paylaşımı uygun olacaktır (Usul Kanunu m. 106).

Sonuçta bütünlüğü sağlamak için, Usul Kanunu m. 107, f. 1, lit a'nın yeni federal mahkeme içtihatlarına göre sadece ilk derece mahkemesi tarafından değil, bilakis kanun yolu yargılamasında da uygulanmak zorunda olduğu tespit edilmelidir.⁵¹

C. Masraf Riskinin Değerlendirilmesine Yönelik Yargılama Öncesi Delil Kabulü

Birleşmiş hukuk tedbiren delil kabulü için önemli bir değişiklik getirmektedir. Tedbiren delil kabulü sadece delillerin teminatına yönelik değildir, bilakis dilekçe sahibinin korunmaya değer hukuki yararının bulunduğunu inanılır yapar (Usul Kanunu m. 158, f. 1, lit. b). Bildirime göre herşeyden önce bir tarafın ihtiyacında bu türden menfaatler bulunmaktaysa, yargılamanın başlatılmasından evvel “İspat ve Yargılama görünüşü” sözülmelidir.⁵² Benim kanıma göre tedbiren delil kabulü bu amacı gerçekleştirmek için selamlanabilmelidir. Oysaki, kesinlikle ve gerekirse (nihayet) korunmaya değer yararın gerekliliğinin hangi sınırlara çekilmesi gerektiği sorgulanmalıdır.⁵³

genel yargılama riskini taşımak zorundadır ve masraflar davaya sunulan belgelere göre dokuzda sekize göre bölünmek zorundadır.

51 Krş. Urteil des Bundesgerichts 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 4.1 ff.; ayrıca genel hükümlerin temel uygulaması için anılan Art. 104 ff. kanun yolu yargılaması için BGE 137 III 470 E. 6.5.3 S. 473 f. Buna karşılık BGE 113 II 323 E. 9.d S. 344'de federal mahkeme aşağıdaki belirlemede bulundu: “Zarara uğrayana özellikle dikkat (.....) sadece ilk derece yargılaması için getirelendedir, çünkü zarara uğrayan çoğu zaman karşı tarafın düşüncesini bilmeksizin talebini formüle etmek zorundadır. Halihazırda esasa yönelik bir hüküm söz konusu olursa her halde ikinci derece yargılaması hükmüne göre kararlaştırılacak bir neden genellikle söz konusu olmayacaktır.”

52 İspat ve yargılama umudunun açıklanmasına yönelik tedbiren ispat sunumu ihtimali pek çok kanton için yenidir. (FELLMANN, Kommentar, Rn 17), Zürich kantonu için örneğin (§ 135 ZPO ZH, vgl. SCHMID, Art. 158 Rn 3). Birkaç kanton ispat ve yargılama umudunun açıklanmasına yönelik tedbiren ispat sunumunu halihazırda öngörmemektedir. (Botschaft ZPO, 7315). Bern Kantonu gibi bunlarda çok az kullanılır. (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 222 Rn 1a).

53 Krş. MEIER 310 ff.; a.A. SCHWEIZER, S. 11f; krş ayrıca dn. 57.

Mahkeme kararları burada hali hazırda birlik içinde değildir.⁵⁴ Federal mahkeme şu düşünceye bağlıdır (BGE 138 III 76, E. 2.4.2 S. 81 f.): “yargılama görünüşünün süzülmesi için bir gereksinimin çıplak iddia edilmesiyle tedbiren delil gösterilmesindeki korunmaya değer menfaat (...) yeterli bir inandırmayı henüz sağlamamaktadır. Tedbiren delil gösterilmesi sadece somut maddi hukuksal bir hakka bakışla ancak talep edilebilir, gerçekten delil kabulündeki menfaat böylelikle ispat edilebilen bir hakkın yerine getirilmesindeki menfaate bağlıdır. Usul Kanunu m. 158, f. 1, lit b'ye dayanan dilekçe verenler aleyhine dilekçe verilene karşı maddi hukuksal bir hakkın kendisine verildiği sunulan bir vakıya dayandığını ve kabul edilen delillerle bu vakıanın ispatına hizmet ettiğine mahkemeyi inandırmak zorundadır.

54 Böylelikle içinde kapsamlı tıbbi belgelerin bulunduğu iki benzer bilirkişi raporu şeklinde tedbiren delil sunumu için korunmaya değer hukuki menfaatin varlığı iki mevcut olayda bulunmaktadır. St. Gallen'de bu kabul edilmekteyken (Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Obligationenrecht, BS.2012.5 vom 5. April 2012), Zürich'de ret edilmektedir (Urteil des Obergericht des Kantons Zürich Geschäfts-Nr.: LF110116 vom 20. Dezember 2011). St. Gallen Kanton Mahkemesinin düşüncesine göre korunmaya değer menfaatin yanında çok fazla bir şey istenilmemişse delil sunumunda korunmaya değer menfaat yeterlidir. Kural olarak tedbiri ispat sunumu için dilekçe kabul edilmelidir. Dilekçe sahibine, dilekçede halihazırda birden fazla özel uzman gösterilmişse mahkeme resmi bilirkişisinin masraflarının ödenmesine yönelik olanak vermek zorundadır. İkinci düşüncede St Gallen kanton mahkemesi “ Usul Kanunu m. 158 f.1 lit b'ye göre çekişmeli tedbiren ispat sunumunda herşeyden evvel açıklık getirildiği gibi sadece –ispatlanırsa- sorumluluk gartlarının () söz konusu olabildiği ve davanın doğru bulunabileceği olgusuna dayanan vakıaların inandırıcılığı söz konusu değildir. Özellikle – meğer ki davacı ivazsız hukuki koruma talepe dilmiş olsun- dava dosyasının durumuna ve dilekçe sahibinin özellikle tarafların sunumuna göre dilekçe hakkında kararın uygun zamanda davanın Usul Kanunu m. 117 lit b anlamında elverişsiz görülüp görülmediğinin incelenmesi söz konusu değildir. İlerideki asıl yargılamadaki dilekçe sahibinin şanslarına hükmedilmeyecektir. Öğretilde bir başka düşünce savunulduğu ölçüde (...), bu düşünceye hak verilmemektedir” i tespit eder. Buna karşılık Zürich Yüksek Eyalet Mahkemesi tedbiri delil kabulünün yargılama şansını belirtmeye uygun ve zorunlu olduğu durumlarda korunmaya değer menfaatin kabul edilebileceğinden yola çıkar. Mevcut tıbbi rapor ile uzman görüşlerinin yargılama şansına yönelik uygun bir esas oluşturmadığı durumlarda korunmaya değer menfaatin bir mahkeme (resmi) bilirkişi raporunda ilk defa mevcut olacağı da ama aynı zamanda tespit etmektedir. Delil dilekçesinin talep edenin yargılama şansını daha iyi koruyabildiğine ikna edilmez ise, korunmaya değer menfaat ortada olmayacaktır. Gerekeceği yüksek mahkeme mevcut tıbbi uzman görüşleri ile raporların yargılama şansının ne olduğunun ortaya konulmasına yönelik uygun bir esas sunmasından yola çıkar. Bu türden mahkeme bilirkişi raporları için ortaya çıkacak tahmini masraflar açısından Zürich Yüksek Eyalet Mahkemesi şayet asıl yargılama başlatıldıysa ve yargılamanın başarı şansı bilgilendirme yargılaması vesilesiyle ortaya konulmuşsa resmi bilirkişi raporuyla yargılama görünüşünün daha fazla masrafa uygun süzölebileceğini tespit eder. Ekonomik bakış açısıyla bundan dolayı dilekçe verenler asıl yargılamanın başlatılmasını tedbiri delil sunuma tercih etmelidir.

Tedbiren kabul edilen delillerle ispat edilmek zorunda olunan vakıalar için yalnızca gerçek bir inandırma talep edilememelidir, aksi halde ispat görünümüm yargılama öncesi aydınlanmasını mümkün kılan Usul Kanunu m.158, f. 1, lit. B'nin amacı, sonuçsuz bırakılacaktır. Dilekçe verenin hakkını ispat edebileceğini sunulan deliller göstermekte ise, hakkı kuran vakıaların sunulmasını için yeterli kabul edilmelidir.(...)”

Aynı şekilde tedbiren delil kabulünün konusunu bazı delillerin oluşturup oluşturmayacağı⁵⁵ veya şahsen isticvabının ve dinlenmesinin yapıp yapılamayacağı belirsizdir.⁵⁶

Belirsiz alacak davasıyla bağlantılı olarak masraf riskinin indirilmesine yönelik her iki kurumun seçenек ya da hatta bir yığılma uygulanmasını gerektirip gerektirmediği veya bu kurumlardan birinin esas olarak kullanılmasının zorunlu olup olmadığı sorulmalıdır.⁵⁷ Özellikle tedbiren delil kabulünün davacının belirsiz alacak davasıyla masraf riskini yeterince indirmesi dolayısıyla reddedilmesi gerektiği de düşünülebilecektir.

Eğer burada savunulan belirsiz alacak davasının masraf riskini sadece sınırlı olarak azalatabileceği düşüncesi takip edecek olursa, bu, kanımızca özellikle reddedilmelidir.

55 Böylelikle FELLMANN, Kommentar, Rn 30; GASSER/RICKLI, Art. 158 Rn 8.

56 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 311; onaylayan ZÜRCHER, Kommentar, Rn 13; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, uygulamada rapor tanzimi, tanık dinlenmesi ve keşif delilinin tedbir olarak uygulanabileceği konusuna dikkat çeker. (  18 Rn 142).

57 Burada  ğreti birbirinden ayrılır: Zürcher olaya göre dava a manın mümkün ve olası olduğu durumlarda yeterli bir menfaatin sunulmasını reddettiği belirsiz alacak davasının önceliğini ( st nl   n ) beyan eder (ZÜRCHER, Kommentar, Rn 12); Schmid her halükarda yargılamanın yapılacağı zira belirsiz alacak davasının a ılabilece inin açık olduğu durumlarda tedbiri delil kabulünün alacağın miktarının yalın tespitine hizmet edemeyeceğini belirtir. (SCHMID, Art. 158 Rn 4 m.H.a. MEIER, Zivilprozessrecht, S. 310f.); Fellmann'a göre belirsiz alacak davasının tercih edildiği muhtemel durumlarda bir yığılma uygulaması mümkündür. Bir taraftan belirsiz alacak davası tedbiri delil sunumu dolayısıyla belirlemenin mümkün g r ld  i durum nedeniyle reddedilemeyece ini belirtir, çünkü iddia aşamasının bitmesinden ve bazı delillerin kabulünden evvel uzman biri tarafından alacağın miktarının tespiti seyrek şekilde doğru değerlendirilebilir. Öte taraftan Fellmann tedbiri delil kabulü vesilesiyle yapılan rapor gereksiz masraflara yol açacak şekilde asıl yargılamada tekrar edilmek zorunda olacağı tehlikesine de dikkat çeker. (FELLMANN, Kommentar, Rn 45 f.); kr . ayrıca BOPP/BESSENICH, Rn 13, FÜLLEMANN, Rn 2 f., OBERHAMMER, Rn 5, und STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND,   14 Rn 5, bütün hepsi ve belirleme için zorunlu bilgilerin tedbiri delil sunumuyla yargılama öncesi sağlanması davacı tarafından talep edilemeyeceği ve ancak alacağın tutarının tedbiri delil sunumuyla ortaya  ıkılabilece i durumlarda belirsiz alacak davasının a ılabilece i düşüncesindedir. Buna karşın STAEHELIN/SUTTER, davacıya ispat yargılamasının ilk olarak alacağın belirlenmesinin esasını verdiği olaylarda tedbiri delil kabulü ile zorunlu bilgilerin sağlanması tahmin edilebilir olduğu fikrindedir. (STAEHELIN/SUTTER,   13 Rn 4).

VI. Özet ve Genel Bakış

Belirsiz alacak davasıya yönelik benim anlattığım şeyler çelişkilerle dolu bir tablo ortaya koymaktadır:

Bir taraftan şimdiye kadar federal mahkemeler uygulaması ve öğretide bir kısmın kabulüne göre Usul Kanunu m. 85'den dolayı belirsiz alacak davasının geniş bir uygulama alanı olduğu ortaya konulmaktadır. Görüşüme göre belirsiz alacak davası sadece terditli davalarda ve ilkin ispat yargılamasından sonra belirlenebilen davalarda değil, bilakis hakimın takdirine göre tespit edilmek zorunda olunan konularda da açılabilir.

Diğer taraftan belirsiz alacak davasının masraf riskinin azaltılmasına yönelik asıl amacına sınırlı da olsa ulaşabileceği ortaya konulmuştur. Bu dava böylelikle davacının masraf riskini davalının aleyhine tamamen devre dışı bırakamayacaktır. Bundan başka kural olarak davacı taraf masrafların yarısından az olmamak ve fazla olmamak üzere taşımak zorunda olmadığı güvence altına alınmış olacaktır.

Düşünceme göre belirsiz alacak davası terditli davalarda tamamıyla anlamlıdır. Bundan ayrı olarak belirsiz alacak davası bir kenara bırakılmalıdır ve onun yerine belirli bir dilekçe sunumu yapılmasının, kısmi dava açılmasının veya yargılamayla hakkın olup olmadığı ve varsa kapsamının ne olduğunun başkaca yollarla açıklanmasına kadar yargılamada beklenilmesinin daha iyi olacağı tavsiye edilir.



KAYNAKÇA

BACHER KLAUS, in: Schlegelmilch Günter (Hrsg.), Geigel/Haftpflichtprozess, 25. Aufl., München 2008

BECKER-EBERHARD EKKEHARD, Kommentar zu § 253, in: Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§ 1 – 510c, 3. Aufl., München 2008

BOPP LUKAS/BESSENICH BALTHASAR, Kommentar zu Art. 85, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010

BÖSCH KURT, Prozesskosten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2006, S. 145 ff.

COURVOISIER MATTHIAS, Kommentar zu Art. 85, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010

DUNZ WALTER, Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1984, S. 1734 ff.

EDELMANN ANDREAS, Kommentar zu § 168, in: Bühler Alfred/Edelmann Andreas/Killer Albert (Hrsg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a. Main/Salzburg 1989

FISCHER ALEXANDER, Kommentar zu Art. 107, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010

FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007 (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2007, 35 ff. (zit. FELLMANN, Substanziierung und Beweis)

FELLMANN WALTER, Kommentar zu Art. 158, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. FELLMANN, Kommentar)

FOERSTE ULRICH, Kommentar zu § 253, in: Musielak Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl., München 2012

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997

FREI SYLVIA/WILLISEGGER DANIEL, Kommentar zu Art. 221, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

FÜLLEMANN DANIEL, Kommentar zu Art. 85, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010

JENNY DAVID, Kommentar zu Art. 107, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur

- Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010
- KLETT BARBARA, Schadenersatzrente: Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011 (HAVE), Zürich/Basel/Genf 2011, S. 65 ff.
- LANDOLT HARDY, Immaterieller Personenschaden: Integritätsentschädigung - Genugtuung, Vortrag im Rahmen der Fachanwaltausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht vom 26.02.2011 in Luzern, <<http://www.hardy-landolt.ch/dokumente/imateriellerpersonenschaden.pdf>>
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.Aufl., Bern 2000
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 221, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar ZPO SG)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht)
- LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005
- LOOSLI PETER, Die unbezifferte Forderungsklage, Diss. Zürich 1978
- MEIER ISAAK, Iura novit curia, Diss. Zürich 1975 (zit. MEIER, Iura novit curia)
- MEIER ISAAK, Privatrecht und Prozessrecht, eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser Peter F. (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V., Band 6, Bielefeld 1992, 1 ff. (zit.: MEIER, Privatrecht und Prozessrecht)
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. MEIER, Zivilprozessrecht)

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

MİLANI DOMINIK, Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierungen bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidungsverfahren, ArbR 2011, S. 39ff.

MOHS FLORIAN, Kommentar zu Art. 85, in: Gehri Myriam A./Kramer Michael (Hrsg.), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010

OAKLEY JOHN B./AMAR VIKRAM D., American civil procedure, Austin 2009

OBERHAMMER PAUL, Kommentar zu Art. 85, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2010

PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu Art. 336a, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011

RÖTTGER FRIEDHELM, Die Bindung des Gerichts an den unbezifferten Zahlungsantrag, NJW 6 (1994), 368 ff.

ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL-HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010

RÜEGG VIKTOR, Kommentar zu Art. 107, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

SCHMID HANS, Kommentar zu Art. 107 und Art. 158, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2010 (zit. SCHMID, Art. ... Rn ...)

SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 21/22 (2010), 3 ff.

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010

STAEHELIN ADRIAN/ SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag:

Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2012

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

VISCHER FRANK B., Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/
München 2005

VOGEL OSCAR, Die Stufenklage und die dienende Funktion des
Zivilprozessrechts, recht 1992, 58 ff.

ZÜRCHER JOHANN, Der Streitwert im Immaterialgüter- und
Wettbewerbsrechtsprozess, sic! 2002, S. 493 ff. (zit. ZÜRCHER, sic!)

ZÜRCHER JOHANN, Kommentar zu Art. 158, in: Brunner Alexander/Gasser
Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung
(ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. ZÜRCHER, Kommentar)



MATERYALLER

Schweizerische Zivilprozessordnung, Vorentwurf der Expertenkommission
vom 30 Juni 2003 (zit. VE-ZPO)

Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der
Expertenkommission, vom Juni 2003 (zit. Bericht Vorentwurf)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni
2006 (06.062), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)